



Vicerrectorado de Innovación, Investigación y Posgrado

TRABAJO FINAL POSGRADO

**AUTONOMÍA PROGRESIVA DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y
ADOLESCENTES EN JUICIOS DE CUIDADO PERSONAL
Y REGIMEN DE COMUNICACIONAL**

NOMBRE: JESICA GISEL BOGADO

DOCUMENTO NACIONAL DE IDENTIDAD: 33.012.554

POSGRADO: ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE FAMILIA, NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

2024

AGRADECIMIENTOS

Querida familia, en este momento significativo de mi vida, quiero expresar mi más profundo agradecimiento a ustedes por su constante apoyo, amor incondicional y aliento a lo largo de la realización de mi trabajo final. Su presencia a mi lado ha sido fundamental para mantenerme motivada y en el camino correcto durante este arduo proceso.

Gracias por comprender mis ausencias y sacrificios, por brindarme palabras de aliento en los momentos de duda y por celebrar conmigo cada pequeño logro alcanzado. Su confianza en mí y su inquebrantable respaldo han sido el motor que me ha impulsado a seguir adelante, superando obstáculos y desafíos.

Sé que este trabajo no solo es un logro personal, sino también un logro compartido en el que cada uno de ustedes ha tenido un papel importante. Su paciencia, comprensión y ánimo incondicional han sido mi mayor motivación y fuente de inspiración para alcanzar mis metas académicas.

Gracias por ser mi roca, por estar siempre presentes y por ser mi red de contención en los momentos difíciles. Su amor y apoyo incondicional han sido el pilar sobre el que he construido este proyecto, y por eso les estaré eternamente agradecido.

De forma muy especial gracias a mi hijo, quien en mi vida ha sido y seguirá siendo una fuente inagotable de inspiración, motivación y confianza.

Hijo, estoy profundamente agradecida por todo lo que has hecho por mí y por todo lo que significas en mi vida.

No tengo palabras suficientes para expresar la gratitud que siento hacia ti, por tu amor incondicional, tu paciencia, tu comprensión y tu infinita generosidad. Espero que estas líneas reflejen lo profundo de mi agradecimiento y lo mucho que valoro tu presencia en mi vida.

Gracias, hijo, por ser mi luz en los momentos oscuros, mi motivación en los momentos de desánimo y mi mayor apoyo en esta hermosa travesía. Te amo con todo mi corazón.

En cada página de este trabajo va impreso un pedacito de ustedes, y su contribución no tiene precio. Gracias por ser mi familia, por creer en mí y por acompañarme en este camino de aprendizaje y crecimiento personal.

Con todo mi amor y gratitud, Jesica.

INDICE

Contenido

Introducción	3
Planteamiento y formulación del problema	4
Objetivo general y específicos	5
Metodología	6
CAPITULO I	8
AUTONOMÍA PROGRESIVA: ALCANCE	8
1.1 Autonomía progresiva: conceptualización	8
1.2 Interés superior de los niños, niñas y adolescentes.....	10
CAPITULO II	21
NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL	21
2.1 Normativa nacional.....	21
2.2 Normativa Internacional	30
CAPITULO III	35
ANÁLISIS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS	35
Introducción	¡Error! Marcador no definido.
3.1 Doctrina	35
3.2 Jurisprudencia	42
3.2.1 Interés superior del niño	42
3.2.2 Autonomía Progresiva	43
3.2.2 Derecho de los niños/as a ser oídos	49
CONCLUSIÓN	56

Introducción

El presente trabajo parte de la idea fundamental de que todos los niños, niñas y adolescentes deben tener la posibilidad de ser escuchados y, representados como sujetos de derecho, pero la realidad jurídica y social generalizada impide definir con certeza cómo, cuándo y para qué.

Es una garantía mínima instrumental o procesal para posibilitar o facilitar el acceso a la justicia y la consecuente tutela efectiva de los derechos de los menores, el poder elegir con quien quieren estar y permanecer donde ante un eventual conflicto de normas, pudiera prevalecer el criterio que tenga en cuenta la mejor forma de satisfacción que privilegie realmente el interés superior del niño.

Hasta la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño en nuestro país, excepto situaciones extraordinarias, los menores de edad no participaban directamente en el proceso judicial en materia de familia, sino a través de sus representantes legales, quedando asimilada la voluntad de quienes ejercen la patria potestad con la de las personas legalmente a su cargo.

Cuando existe una separación o divorcio y más aun cuando el procedimiento es contencioso es necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio menor, que se escuche a los hijos menores o incapacitados si tuviesen suficiente juicio o madurez.

En las exploraciones de menores durante los procedimientos civiles, garantizará el Juez que los menores puedan ser oídos en condiciones idóneas para salvaguardar sus intereses, sin interferencias de otras personas y, recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.

El derecho de participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en los que se analizan y adoptan decisiones en relación a su persona, o que les afectan, está previsto expresamente en la Convención de los Derechos del Niño (Art. 12).

Es consecuencia directa del reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho de las personas que no han cumplido los 18 años de edad y del principio de igualdad ante la ley.

Planteamiento y formulación del problema

En muchas ocasiones donde existen graves problemas relacionales y comunicacionales, y en reiteradas situaciones de violencia doméstica, conflictos entre padres e hijos, y, con gran asiduidad, casos en los que los padres de hijos adolescentes no pueden convivir con los mismos son los menores los que deben decidir sobre su futuro.

El Código expresamente autoriza a quien cuenta “con la edad y madurez suficiente”, a realizar por sí mismo todos los actos que le son reconocidos en el cuerpo legal, tomando todos los principios introducidos por las leyes especiales.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su Art. 12 y en otros artículos, particularmente el artículo 13.1, introduce un gran principio innovador donde el niño tiene derecho en primer lugar a formarse un juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión, y en tercer lugar a ser escuchado, de este modo quedan reconocidas de modo implícito, la autonomía y subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos (Gozáini, 2020).

Por ello nos cabe preguntar: frente a una separación o divorcio:

¿Pueden los niños, niñas y adolescentes hacer valer la autonomía de su voluntad en juicios de régimen comunicacional decidiendo con quien quieren vivir?

Cuáles son las posturas doctrinarias y jurisprudenciales en relación a las decisiones de niños/as y adolescentes?

Objetivo general y específicos

Objetivo general

Analizar el alcance de la autonomía de la voluntad de los niños, niñas o adolescentes en juicios de cuidado personal y régimen de comunicacional

Objetivos específicos

- Analizar el alcance de la autonomía progresiva para la toma de decisiones de los niños, niñas o adolescentes en los juicios de familia.
- Determinar la normativa concebida como un instrumento para que el niño/a ejerza sus derechos en los conflictos de familia.
- Analizar los fundamentos jurídicos y doctrinarios en relación al derecho de los niños/as y adolescentes a ser parte del proceso judicial.
- Determinar el alcance de la posibilidad de de los niños, niñas o adolescentes de elegir con quien quieren vivir ante la separación de sus padres

Metodología

Siguiendo a Manuel Sánchez Zorrilla (2011), conforme la pregunta de investigación planteada, el marco metodológico seleccionado es el jurídico doctrinal o jurídico dogmático, ya que este trabajo de investigación tiene como finalidad realizar una interpretación de las normas jurídicas sujetas a análisis, determinando el alcance del Art. 27 de la Ley 26.061, y las normas existentes a nivel nacional e internacional.

Se trata de una investigación 'exploratoria', en la cual se plantea una instancia de primer acercamiento al fenómeno; y el descriptivo, porque que busca caracterizar el fenómeno; el nivel explicativo, que intenta conocer o explicar las causas o factores que condicionan al fenómeno, y el nivel 'predictivo', que utiliza el conocimiento para la aplicación a tiempo futuro (Zorrilla Sanchez, 2011).

La investigación jurídica según Zelayarán (2002), "...es el proceso de exploración y explicación sistemática de los hechos o fenómenos jurídicos, mediante la recopilación, el análisis-síntesis de los datos empíricos para la correcta formulación de hipótesis, teorías y principios jurídicos" (p.38). El fin de la investigación jurídica es la formulación de normas jurídicas, que son de evidente valor para la administración de justicia.

Asimismo, se trata de una investigación cualitativa y descriptiva, que pretende realizar una comprensión analítica de la dimensión normativa de la figura de la capacidad progresiva, a efecto se procede a recopilar información correspondiente a la temática. También se utilizará el método descriptivo y, siguiendo a Sampieri (2000) se puede decir que se van especificar las propiedades más relevantes del instituto sometido a análisis, evaluando diversos aspectos y condiciones. Se buscará descubrir y establecer un marco de ideas generales, para luego analizar los supuestos que determinan la intervención directa de los menores de edad conforme su grado de madurez suficiente, y las dificultades interpretativas doctrinarias y jurisprudenciales que presenta su regulación normativa.

El enfoque busca analizar con mirada crítica el régimen existente en torno a la intervención procesal directa de los menores cuando estos posean el grado de madurez suficiente, dar cuenta de las posturas que se alcanzaron en el tema y brindar un marco de la situación a la luz de la normativa vigente para determinar si la madurez con la que cuentan es esencialmente suficiente para el ejercicio de los derechos de los niños/as y adolescentes.

Se va a indagar sobre artículos, ensayos, libros, tesis, monografías, simposios, etc. Esta tarea es importante debido a que permite tener presente el tema a investigar, tener presente los límites, identificar las preguntas inéditas y novedosas que necesiten respuesta

y sean objeto de una tesis y la posibilidad de desarrollar nuevas ideas y comprensiones (Torres, 2001).

En torno a las fuentes a utilizar, siguiendo a Yuni y Urbano (2006), se las puede clasificar en primarias, secundarias y terciarias. En cuanto a las fuentes primarias, son directas y se utilizarán: normas del Código Civil y Comercial de la Nación, como así también, fallos y sentencias, demás normas, la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño, fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Las fuentes secundarias, son definidas como aquellas que sintetizan las primarias. Se utilizarán libros que contengan elaboraciones doctrinarias basadas en el tema, opiniones de importantes doctrinarios y juristas especializados en la materia objeto de estudio, fijando posición sobre el mismo, como así también, los comentarios de nota a fallo elaborados por doctrinarios y artículos de revistas especializadas en Derecho de familia (Yuni y Urbano 2006).

Finalmente, entre las fuentes terciarias, basadas en las fuentes secundarias, conceptualizan y explican la investigación en un campo en particular, usualmente para una audiencia menos especializada. Se utilizarán, libros y documentos de internet que presenten las diferentes posturas doctrinarias sobre el tema sin proponer una visión crítica (Yuni y Urbano 2006).

La población se aplicará sobre los conflictos de cuidado personal suscitados en tribunales de familia, y la muestra se aplica sobre aquellos niños, niñas y adolescentes que frente a una separación o divorcio presentan la solicitud para hacer valer la autonomía de su voluntad en cuanto a juicios de régimen de cuidado personal, decidiendo con quien quieren vivir.

CAPITULO I

AUTONOMÍA PROGRESIVA: ALCANCE

En el presente capítulo se va a analizar la autonomía progresiva para la toma de decisiones de los niños, niñas o adolescentes en los juicios de familia.

Se va a determinar el alcance y aplicación de la figura a fin de poder determinar un marco de ideas generales, para luego analizar los supuestos que determinan la intervención directa de los niños, niñas y adolescentes conforme su grado de madurez suficiente en la toma de dichas decisiones.

1.1 Autonomía progresiva: conceptualización

El origen del uso jurídico del término de autonomía progresiva se remite a un caso ocurrido en la década de los 80 en Inglaterra, conocido como “caso *Gillik*”¹, a partir del cual se construyó el término conocido como «*Gillik competent*» para referirse a una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en términos generales, podían hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez.

A partir de allí, en el derecho comparado fue construyéndose la doctrina de la capacidad natural, que refiere a que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las condiciones reales de madurez que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud (Otha, 2022).

El concepto está vinculado y relacionado con el discernimiento; “...se trata de un estado psicológico experimental y real en que puede establecerse que la decisión que toma una persona es la expresión real de su propia identidad individual, esto es, de su autonomía personal” (Azpiri, 2015, p.289).

En otros términos, se puede decir que la capacidad o autonomía progresiva reconoce que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derechos, y ello implica que todos sus derechos humanos no deben estar condicionados a ningún factor como la edad, sino que los mismos deben estar garantizados, reconocidos y deben ser respetados por la comunidad en su conjunto.

¹ Gillick C. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, Corte de los Loes, Gran Bretaña, 1986.

Este proceso gradual implica que los menores de edad puedan ir ejerciendo derechos por sí mismos de acuerdo con el grado de madurez, etapa de crecimiento o determinado por la edad. Es por eso que se toma como progresiva la capacidad o autonomía.

La autonomía progresiva se relaciona directamente con la posibilidad de poder tomar decisiones, lo cual implica tener más responsabilidades de forma progresiva a medida que los niños, niñas y adolescentes van creciendo.

La protección del Estado va debilitándose o disminuyendo a medida que aumenta esta capacidad y autonomía, lo que implica que el Estado no tiene como función prohibir o restringir el ejercicio de derechos, sino que tiene la responsabilidad de generar condiciones que posibiliten el empleo de los mismos (Azpiri, 2015).

La autonomía progresiva puede ser receptada como un principio que posibilita la toma de las decisiones que los niños, niñas y adolescentes por sí solos con independencia del pensamiento de quienes están a su cargo.

Es por ello que, en función del principio de autonomía progresiva a los niños, niñas y adolescentes se les permite el ejercicio de sus derechos para que sean ellos mismos quienes decidan y elijan cómo y cuándo pretenden ejercerlo, conforme con sus proyectos personales de vida, sus deseos e intereses (Vargas, 2018).

La autonomía tiene la particularidad de tener en mira la evolución de sus facultades. Es decir, los menores de edad van adquiriendo la capacidad para poner en práctica sus derechos a medida que se van desarrollando como personas (Vargas, 2018).

Es un principio a ser aplicado en todos los ámbitos en el que se desarrollan los niños, niñas y adolescentes, pero dentro de los más discutidos se encuentra el área de la salud y los vínculos familiares.

El derecho de los niños, niñas y adolescentes es aquel que los faculta a expresar su opinión y a ser escuchado en todos los asuntos que los afecten y, por el otro, a decidir el modo en que habrán de ejercer esos derechos (Azpiri, 2015).

1.2 Interés superior de los niños, niñas y adolescentes

El interés superior de los niños, niñas y adolescentes se define como un principio garantista, de modo que toda decisión relacionada a ellos debe ser primordial o prioritaria para garantizar la satisfacción integral de todos sus derechos (Azpiri, 2015).

Según Anilema (2018):

“en la historia de los derechos humanos, los niños, niñas y adolescentes siempre han sido sujetos vulnerables dentro de la sociedad, el sistema jurídico no hacía alusión a establecer u otorgar derechos que los protejan y ayuden a su desarrollo integral, lo máximo a lo que podían llegar, es a que sus padres tengan un reconocimiento legal en materia de derechos”. (p. 17)

En cuanto al alcance del principio del interés superior de los niños, niñas y adolescentes, se puede decir que el mismo va mas allá de los ámbitos legislativos o judiciales, extendiéndose a diferentes entornos institucionales sean ámbitos públicos o privados. Además, se tiene en cuenta cual es el entorno familiar del menor de edad, y los roles de quienes están a su cargo (padres/madres o tutores) quienes no tienen derechos absolutos, sino que están limitados por los derechos de los niños y niñas en cumplimiento de su interés superior, lo que implica una condición primordial para dar solución a las controversias que pudieran presentarse con relación a otros derechos o sujetos de derechos (Vega, 2018).

El Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, hace referencia al interés superior como una “consideración primordial” para la toma de decisiones que afecten a los menores. Así lo establece el mismo:

“1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y con ese fin, tomaran todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las Instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

También Incorpora en su Art. 5 el principio de la autonomía progresiva, Indicando a los Estados parte que deberán respetar los derechos y deberes de los padres, siendo su responsabilidad la de guiar a los niños en la medida del desarrollo, para que puedan ir aprendiendo y concretando el ejercicio de los derechos que la Convención titulariza en ellos.

Esta expresión de la autonomía progresiva implica la asunción por los niños, niñas y adolescentes, de roles o funciones, conforme a su desarrollo y madurez lo cual, como puede advertirse con facilidad, es absolutamente contrario al sistema rígido y cerrado que planteaba Código Civil de Vélez Sarfield antes de la reforma (Alegre y Hernández, 2014).

El interés superior del niño está fundamentado en la dignidad propia de las personas humanas, y constituyen características propias de los menores, y en la necesidad de sustentar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, conforme la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El interés superior del niño posee raigambre constitucional (Art. 75, Inc. 22) y a su vez, se encuentra reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño y reproducido por Ley 23.849 en nuestro país, siendo que en su Art. 3 establece que, en todas las medidas concernientes a los menores que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño (Bueres, 2015).

En virtud de ello, los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño, niña y adolescente la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Asimismo, se establece que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños, niñas y adolescentes deben cumplir las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de

seguridad, sanidad, número y competencia de su persona, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (Bueres, 2015).

Por su parte, la Ley 26.061 establece, en su art. 3, qué ha de entenderse por el "Interés Superior del Niño, Niña y Adolescente", especificando entonces lo siguiente: "la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley", debiéndose respetar lo que se detalla a continuación:

- a. Su condición de sujeto de derecho;
- b. El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c. El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d. Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e. El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f. Su centro de vida;

Se entiende por "centro de vida" el lugar donde los niños, niñas y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Importando un precepto trascendental en materia de derechos, y lo es en cuanto exista conflicto entre los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros; lo cual se encuentra expresamente tipificado en la norma precitada.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece el rango etario al cual pertenecen éstos, y abarca desde la concepción hasta los dieciocho años de edad; mientras que el Art. 25 del Código Civil y Comercial de la Nación, lo hace conceptualizando a la persona menor de edad, siendo aquella que no ha cumplido 18 años de edad; denominando, a su vez, adolescente a aquella persona que ha cumplido los 13 años de edad (Bueres, 2015).

Adentrándonos en el Código Civil y Comercial de la Nación, podemos observar que el "interés superior" se encuentra inserto en una compleja variedad de institutos jurídicos,

existiendo una diferenciación entre lo que establecen los Arts. 25 y 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, con diferentes criterios de decisión por ejemplo en materia de su propio cuerpo.

Esto es porque dicha norma importa una facultad para el niño o niña y adolescente (ente 13 y 16 años) de poder decidir por sí, sobre aquellos tratamientos que no resulten invasivos, ni comprometan a su estado de salud, ni provoquen un riesgo grave en su vida (Bueres, 2015).

Ahora bien, si se trata de tratamientos que comprometan el estado de salud o pongan en riesgo la vida del adolescente, estos deben prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores; siendo que, de existir conflicto entre ambos, se resuelve teniendo en cuenta el "interés superior", sobre la base de las opiniones médicas respecto de las consecuencias de la realización o no del acto médico (Bueres, 2015).

En materia de "discernimiento de la tutela", el Código Civil y Comercial de la Nación regula en su Art. 112 que la tutela siempre es discernida judicialmente, resultando juez competente el del centro de vida del niño, niña o adolescente.

Por otra parte, el Art.113 del Código Civil y Comercial de la Nación, dispone que, para la determinación del discernimiento de la tutela, y para cualquier otra cuestión relativa a la persona menor de edad, el juez debe "decidir atendiendo primordialmente a su interés superior", que sea relativa a la persona menor de edad.

Bueres (2015), refiere que el interés superior se traduce en un mandato hacia el juez, comprendiendo el ser oído, su autonomía progresiva y el interés superior: "... no solo para el discernimiento de la tutela, sino para cualquier decisión que concierna al niño tiene el juez el deber de cumplir con tres mandatos inescindibles" (p.192).

El Art. 604 del Código Civil y Comercial de la Nación, establece que las personas que durante el matrimonio o la unión convivencial mantuvieron estado de madre o padre con un niño o niña, pueden adoptarla conjuntamente aun después del divorcio o cesada la unión. Siendo así que el juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el "interés superior del niño".

En igual sentido, el Título VII del Código Civil y Comercial de la Nación define en su Art. 638 a la Responsabilidad Parental, como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.

Se advierte el interés superior en el Art. 639 de dicha norma, que la misma se rige por el "interés superior del niño", mientras que en el Art. 671 del Código Civil y Comercial de la Nación, correspondiente al Capítulo de Deberes de los Hijos, se tipifica como deberes de los mismos lo siguiente: "... cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior".

Por otra parte, es menester identificar en materia procesal inserto en el Código Civil y Comercial de la Nación a los de Procesos de Familia (Título VIII), advirtiendo también dicho principio como eje rector, estableciéndose, así como una regla/mandato que se encuentra en cabeza de los juzgadores, quienes deben contemplar a los efectos de la dilucidación de las actuaciones que se encuentren a su alcance (Bueres, 2015).

En el Art. 705 del Código Civil y Comercial de la Nación, se establecen principios generales, siendo que el proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente (Bueres, 2015).

Asimismo, en el Inc. C de la norma precitada dispone lo siguiente: "c. La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes debe tener en cuenta el interés superior de esas personas".

Por otro lado, el Código Civil y Comercial de la Nación, y en materia de vínculos de filiación, otorga tutela por un lado al reconocimiento filial que se constituya en el extranjero, siendo que el mismo debe ser reconocido en la República, de conformidad con los principios de orden público argentino, y especialmente con aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

En el Art. 2637 del Código Civil y Comercial de la Nación, el reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, será reconocida en la República cuando haya sido otorgada por los jueces del país del domicilio del adoptado al tiempo de su otorgamiento; y a los efectos del control del orden público se tiene en cuenta "el interés superior del niño".

Además, en virtud de los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. Siendo que, nuevamente, se debe adoptar la decisión que "redunde en beneficio del interés superior del niño" (Lanzavechia, 2018).

En materia de "Responsabilidad Parental e Instituciones de Protección", en el Art. 2639 del Código Civil y Comercial de la Nación, se interpreta que la misma está regida por el derecho de residencia habitual del hijo en que se suscita el conflicto. No obstante, en la medida en que el interés superior del niño lo requiera, se puede tomar en consideración el derecho de otro Estado con el cual la situación tenga vínculos relevantes "(Lanzavechia, 2018).

A la hora de tomar una decisión, la evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse. La "evaluación del interés superior" es una actividad singular que consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad (UNICEF, 2013).

La "determinación del interés superior del niño" es un proceso estructurado que cuenta con garantías específicas para determinar el interés superior del niño, y toma como base la evaluación del interés superior (UNICEF, 2013).

El Comité considera provechoso elaborar una lista de elementos no exhaustivo ni jerárquico que podrían formar parte de la evaluación del interés superior del niño llevado a cabo por cualquier responsable de la toma de decisiones que tenga ante sí ese cometido: la opinión del niño determinada en el Art. 12 de la Convención que establece el derecho del niño a expresar su opinión en todas las decisiones que le afectan.

Si la decisión se toma, sin tener en cuenta el punto de vista del niño o no le otorga a su opinión la importancia que merece de acuerdo con su edad y madurez, no respeta la posibilidad del niño a que participe en la determinación de su interés superior.

En el caso de niños muy pequeños o que se encuentre en una situación vulnerable, se deben adoptar las medidas concretas a fin de no privarlo del derecho a expresar su opinión, y no reducir la importancia que debe concederse a sus opiniones (Demarchis y Rodriguez, 2019).

La identidad del niño comprende características como el origen nacional, el sexo, la orientación sexual, la religión y las creencias, la identidad cultural y la personalidad. El derecho del niño a preservar su identidad esta receptado y garantizado en el Art. 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño (UNICEF, 2013).

En cuanto a la identidad religiosa y cultural se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico, y el responsable de la toma de decisiones debe tener en cuenta ese contexto específico al evaluar y determinar el interés superior del niño (UNICEF, 2013).

La preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones: es indispensable llevar a cabo una evaluación y determinación del interés superior del niño en el contexto de una posible separación del niño y sus padres. La familia es la unidad fundamental de la sociedad y el medio natural para el crecimiento y el bienestar de sus miembros, especialmente los niños (UNICEF, 2013).

El término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida. En el régimen de protección del niño, dos elementos importantes son, prevenir la separación familiar y preservar la unidad familiar.

Los mismos se vinculan con el derecho establecido en el Art. 9, párrafo primero, que exige “que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

El niño que esté separado de uno o de ambos padres tiene igualmente derecho “...a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

Dada la gravedad de los efectos en el niño de que lo separen de sus padres, dicha medida solo debería aplicarse como último recurso y con el fin de proteger al niño. Es decir, antes de recurrir a la separación, el Estado debe proporcionar apoyo a los padres para que cumplan con sus responsabilidades parentales, restableciendo o aumentando la capacidad de la familia para cuidar del niño (UNICEF, 2013).

La separación del niño respecto a sus padres no puede basarse en motivos económicos, pero estos deben considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar el apoyo apropiado a la familia (UNICEF, 2013).

En caso de producirse la separación, el Estado debe garantizar que la situación del niño y su familia haya sido evaluada por un equipo multidisciplinario de profesionales perfectamente capacitados cuando sea posible, con la colaboración judicial apropiada a fin de asegurarse de que es la única opción que puede satisfacer el interés superior del niño (UNICEF, 2013).

Cuando sea necesaria la separación, los responsables de la toma de decisiones serán los encargados de velar por que el niño mantenga los lazos y la relación con sus padres y su familia (hermanos, familiares, entre otros), salvo que sea contrario a su interés superior (UNICEF, 2013).

En las decisiones relativas a la periodicidad y duración de las visitas, debe tenerse en cuenta tanto la calidad de la relación como la necesidad de conservarla².

La conservación del entorno familiar abarca la preservación de las relaciones del niño, las mismas comprenden a la familia ampliada (los abuelos, tíos y tías, los amigos, la escuela- y el entorno en general).

El bienestar del niño, en un sentido amplio, comprende tanto sus necesidades materiales, físicas, educativas y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto y seguridad.

Dentro de las necesidades básicas del niño, se encuentra el cuidado emocional; si los padres o tutores no satisfacen las necesidades emocionales del niño, se deben tomar medidas para que el niño cree lazos afectivos seguros³ y de permanente contención para su correcto desarrollo.

La convención sobre derechos de los niños establece que los mismos niños necesitan establecer un vínculo con los cuidadores a una edad muy temprana y, si el mismo es adecuado, mantenerlo a lo largo de los años para ofrecer al niño un entorno estable, de confianza y total seguridad.

La evaluación del interés superior del niño asimismo, debe tener en cuenta su seguridad, es decir, el derecho del niño a la protección contra toda forma de daño o abuso tanto físico como mental o psicológico, de acoso sexual, de intimidación y/o de tratos degradantes, así como contra la explotación sexual, económica, laboral, etcétera (Demarchis y Rodríguez, 2019).

Para las autoras mencionadas las situaciones de vulnerabilidad que pueden presentarse son:

- tener alguna discapacidad,

² Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). Comité de Derechos del Niño.

³ (causa N° 69108).

- pertenecer a un grupo minoritario,
- vivir en la calle, ser refugiado o solicitante de asilo,
- ser víctima de malos tratos, etcétera.

Las autoridades y los responsables de la toma de decisiones deben tener en cuenta los diferentes tipos y grados de vulnerabilidad de cada niño, ya que cada niño es único y cada situación debe evaluarse de acuerdo con su condición única. Se debe efectuar una evaluación individualizada del historial de cada niño desde su nacimiento, y durante todo el proceso de desarrollo del niño⁴.

También deben establecer procesos transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, los jueces o las autoridades administrativas, especialmente en las esferas que afectan directamente al niño o los niños.

Al momento de evaluar y determinar el interés superior del niño se deben observar las siguientes garantías⁵:

- El derecho del niño a expresar su propia opinión: la comunicación con los niños es un elemento fundamental del proceso para lograr que participen de manera provechosa en él y determinar su interés superior.

Cuando el niño expresa su opinión mediante un representante, la obligación de este último es comunicar con precisión las opiniones del niño. Cuando la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, se debe establecer un procedimiento mediante el cual el menor pueda acudir a una autoridad para determinar otra forma de representación (por ejemplo, un curador *ad litem*), si es necesario.

- La determinación de los hechos: los hechos y la información pertinentes para un determinado caso deben obtenerse mediante profesionales perfectamente capacitados que reúnan todos los elementos para la evaluación del interés superior del niño.

Se pueden realizar entrevistas con personas cercanas al niño y que se encuentren en contacto a diario con el mismo, entre otras cosas. La

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño

⁵ Convención sobre los Derechos del Niño

información y los datos reunidos deben verificarse y analizarse antes de ser utilizados.

- La percepción del tiempo: los procesos de toma de decisiones que se demoran o toman mucho tiempo tienen efectos perjudiciales en la evolución de los niños. Se debe dar prioridad a los procesos que están vinculados con los niños, y resolverlos en el menor tiempo posible.

La decisión debe corresponder, en la medida de lo posible, con la percepción del niño de cómo puede beneficiarle, y las decisiones tomadas deben examinarse a intervalos razonables, a medida que el niño se desarrolla y evolucionan sus facultades y su capacidad para expresar su opinión.

Los profesionales calificados son los encargados de evaluar las características y necesidades propias de cada niño. En dicha evaluación lo adecuado sería contar con la participación de un equipo interdisciplinario de profesionales.

El menor deberá contar con representación letrada adecuada cuando los tribunales hayan de evaluar y determinar oficialmente su interés superior. En particular, cuando se someta a un niño a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación de su interés superior (Echaide, 2019).

Cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, fundamentada y analizada, indicando de manera concreta y precisa todas las circunstancias de hecho relacionadas al niño/a, desarrollando cada uno de los elementos que se han determinado necesarios para la evaluación de su interés superior, el contenido de los mismo y la forma en que se han reconocido para determinar el interés superior del niño (Demarchi, 2019).

En el supuesto que la decisión no coincida con la opinión del niño/a se deben expresarse todos los motivos fundamentados por los que se ha optado tal decisión.

Cuando alguna decisión parezca no ajustarse al procedimiento pertinente de evaluación y determinación del interés superior del niño o los niños, se puede acudir a estos mecanismos establecidos por los Estados.

Todos los mecanismos aplicados, deben darse a conocer al niño/a, quien debe tener acceso directo a ellos o por medio de su representante jurídico, donde se puedan examinar todos los aspectos relacionados al proceso, por ejemplo si se considera que se han incumplido las garantías procesales, que los hechos no son exactos, que no se hayan llevado a cabo adecuadamente la evaluación del interés superior del niño/a, y si se están

cumpliendo con las garantías con las que cuentan y se ha tenido como primordial su interés superior para cualquier toma de decisiones (Jantus Dinale, 2021).

CAPITULO II

NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL

En el presente capítulo se va a abordar la normativa nacional e internacional analizando la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, junto con la última reforma constitucional argentina del año 1994.

Se pretende realizar un análisis de la normativa relacionada al concepto de autonomía progresiva, su contenido y fundamentos, como concepto jurídico primordial y pilares básicos sobre el que se sustenta la libertad individual de todas las personas, en particular de los niños, niñas y adolescentes, que cambiaron su status jurídico desde ser objetos de protección a ser sujetos de derechos; después comentaremos los artículos pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación.

Se va a analizar el reconocimiento de niños, niñas y adolescentes como titulares de los derechos fundamentales que las Constituciones, instrumentos internacionales y las leyes reconocen a todas las personas. Además, gozan de protección específica a sus derechos mediante instrumentos especiales de derechos humanos, tanto de alcance universal como regional.

2.1 Normativa nacional

Con la entrada en vigencia de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, en agosto del año 2015, se determinaron cambios formales, sustanciales y relevantes en materia de familia y niñez, entre ellos la incorporación del principio de autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes.

El principio fue acogido como garantía para los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio personal de sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades, de modo que sean ellos quienes decidan y elijan cómo y cuándo pretenden hacerlo, conforme con su proyecto personal de vida y sus deseos, siempre y cuando esa elección sea posible y no resulte perjudicial a sus intereses (Vega, 2018).

La regla del Código Civil y Comercial de la Nación en relación a la minoridad establece que los niños y niñas son personas incapaces de ejercicio (Art. 24 Inc. b) y consecuentemente su protección opera a través de un sistema de representación (Arts. 26 y 101 CCyCN), ejercido por los padres mediante el instituto ahora denominado

"responsabilidad parental". En casos excepcionales, la protección se realiza a través de la figura contemplada en el mismo cuerpo, la tutela.

La denominación "autonomía progresiva", en la regulación normativa concreta, recepta y establece un sistema básico de representación que concede ante las reiteradas autorizaciones determinadas por el legislador, ya sea en función de criterios estrictos de edad, o bien criterios más flexibles de valoración de la edad y grado de madurez suficiente. Para Silvia Fernández, "...la edad y grado de madurez constituyen las pautas que "predeterminan el límite entre la noción de incapacidad y de autonomía progresiva" (Fernández, 2014, p.63).

La regulación del ejercicio de la capacidad por parte de las personas menores de edad en el CCyCN ha dado lugar a una renovada controversia. Algunos entienden que el principio en materia de personas menores es la "capacidad" mientras que la incapacidad sería la excepción a la regla cuando el menor no tiene edad o madurez suficiente (Fama, 2015, citado en Lafferrière · 2017).

"Una lectura apresurada y aislada de la norma nos llevaría a afirmar que en los mismos términos propuestos por la Ley N° 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellos actos que la ley expresamente autorice a realizar si cuentan con edad y grado de madurez suficiente.

Sin embargo, un examen integral y una interpretación armónica de todo el ordenamiento en clave convencional nos lleva a la conclusión inversa: son tantas las excepciones a esta regla a lo largo del articulado del Código que el principio no puede ser otro que la capacidad, siendo la incapacidad o, mejor dicho, la restricción de la capacidad, la excepción a la regla cuando se verifica que carecen de madurez suficiente para decidir en forma autónoma" (Fama, 2015, p.125).

Para Cobas (2014), la mayoría de la doctrina entiende que el sistema que adopta nuestro ordenamiento es el de la incapacidad de ejercicio como regla y la capacidad progresiva como principio de interpretación⁶.

En las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), se firmaron dos despachos sobre el punto: la regla es la incapacidad mientras que la capacidad es progresiva; para la minoría, la regla es la capacidad y las incapacidades son la excepción⁷.

El debate allí planteado permite entrever los distintos aspectos sobre los que existen interpretaciones divergentes, ya sea en relación con el ejercicio de la capacidad en general, como a actos y derechos en particular.

Si bien el Art. 639 habla de una "autonomía progresiva", la interpretación del texto no significa que quede autorizado a realizar cualquier acto en función de su evolución.

En realidad, el Art. 639 tiene que armonizarse con el Art. 26 que dispone:

"ARTÍCULO 26.- Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada...".

En función de la redacción del Art. 26 del CCyCN la persona menor de edad puede ejercer por sí ciertos actos ya que confiere una autorización de carácter general en lo referido al consentimiento para tratamientos médicos y el cuidado del propio cuerpo:

⁶ Despacho A (Mayoría) En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio. Ossola, Palmero, Saux, Reyna, Carlavan, Chaipero, Plovanich, Valente, Muñiz, Lafferriere, Giavarino, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montaldo, Gonzalez, Cossio, Escudero, Zerdan, Ibáñez, Abasolo, Isuquiza, Hess, Louge Emiliozzi, Borda, Rappoport Arnolfo, Diego, Rapoport, Daniela, Gonzalía, Sierz, Palacios, Peralta Mariscal, Palacios Amanda.

⁷ En materia de menores de edad la regla es la capacidad de ejercicio y la excepción, la incapacidad de ejercicio. Wallace. Curti, Lotrica, De la Torre, Wolkokics; Lloverás; Loyarte, Vega, Herrera, Peracca, Molina de Juan, Zabalza, Schiro, Duprat) disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf>

"Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo"

Según explica Muñiz (2016), debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto por el Art. 681, en función del cual se entiende que "...se requiere la autorización de los progenitores hasta los dieciséis años, y luego de esa edad cuenta con plena capacidad a estos fines" (p.509).

Es por ello que se considera relevante abordar cómo fue receptado en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, siendo necesario su análisis por la implicancia notoria que este principio reviste en la vida de las personas y en las relaciones familiares. Su incorporación era una deuda a saldar en clave a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la ley nacional N° 26.061 (Vega, 2018).

La realidad social sobre los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, junto a la Convención sobre los Derechos del Niño y la presencia, aceptación y fuerza normativa de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, impulsaron a que en el año 2005 se sancione la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que, en total consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño, recepta, profundiza y refuerza el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes.

La ley enmarca a los niños, niñas o adolescentes como sujeto pleno de derecho, como persona en formación y en ejercicio actual de su ciudadanía, entendida esta como la facultad del ejercicio absoluto de esos derechos como cualquier otro ciudadano.

Sustentándose en dos pilares centrales, la “exigibilidad” de los derechos por ella establecidos y el ejercicio de los mismos teniendo en cuenta el “interés superior del niño”, ambos conceptos se encuentran relacionados muy profundamente entre sí, y su cumplimiento efectivo obedece a la puesta en acción de los postulados de la Convención, y solo con esa marcha activa de derechos es posible hacer que se concrete de manera clara el mejor interés de los niños (Vega, 2018).

El parámetro del interés superior es central en el sistema jurídico creado por la Convención sobre los Derechos del Niño, siendo en definitiva el marco conceptual y jurídico desde el que se posibilita “la protección de los derechos fundamentales” de los niños, niñas y adolescentes (Asa, 2019).

Se presenta un gran avance legislativo en relación a este concepto, y se manifiesta en la resignificación del concepto y especialmente en su delimitación, ya que acierta en referir lo que se entiende por “interés superior”.

Así, en su artículo tercero dispone que “a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esta ley”.

La ley enumera algunas consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para materializar el principio de Interés Superior del Niño, como ser:

- “...a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...).”

En consonancia con esta regla general, el Art. 24 referido al derecho a ser oído, mejorando técnicamente la redacción del Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece:

- “a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés” y

“b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”, derecho que como se dispone en la última parte de este articulado “se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”

El derecho a la participación directa del niño ha sido uno de los hitos fundamentales que marcó el dictado de la Ley N° 26.061 y en tal sentido provocó una sustancial alteración en las leyes internas, estructuradas sobre el viejo modelo de la minoridad, que destacan el aspecto tutelar y en donde, la representación legal adquiere trascendencia y relevancia fundamental.

Puede afirmarse que la expresión máxima del principio aquí abordado en la Ley N° 26.061 se manifiesta mediante el Art. 27 de la misma que indicando las garantías mínimas de procedimiento:

“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;

d) A participar activamente en todo el procedimiento;

e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.”

Reconoce a los niños su derecho a la defensa material y técnica. Así, garantiza a los niños, niñas y adolescentes, en todo proceso administrativo o judicial que los afecte, el derecho a ser oído, a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte, a designar un abogado de confianza que defienda sus intereses particulares, a participar activamente en todo el procedimiento y a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Por lo tanto, haciendo un resumen de lo expresado en función el Art. 26 del CCyCN, contempla:

- La pretensión de ejercicio de derechos y actos que no comprometen la salud del adolescente ni provocan riesgo en su integridad física y psíquica, la sola petición del adolescente hace presumir su aptitud para el acto que desea practicar.
- Frente a tratamientos invasivos que sí comprometen la integridad, salud o vida del adolescente, se exige la asistencia del representante, con el consentimiento de la persona menor de edad.
- Se habla de asistencia: es el adolescente el que presta el consentimiento, asistido por su representante siendo previsible la generación de conflictos entre las opiniones de quien consiente y quien/es asienten, ello se resuelve judicialmente, debiendo la decisión considerar dos pautas: por un lado, el interés superior del niño y autonomía progresiva, por el otro la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto.
- A partir de los 16 años el sistema se independiza de la incapacidad y competencia, considerándose como un mayor de edad al efecto de la decisión médica.

El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), en cumplimiento de las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, sigue los lineamientos de la Ley N° 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, a la par que adopta una línea divisoria vinculada a la aptitud de aquéllos para el cuidado de su cuerpo y su salud (Solari, 2016).

Toma como base dos cuestiones, la primera es el derecho de la niña, del niño y del adolescente a poder expresar su opinión y a ser escuchado en todos los asuntos que los afecten y la otra cuestión, es poder decidir el modo en que podrán ejercer esos derechos.

El Art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación, presume que el adolescente tiene aptitud o competencia para consentir tratamientos médicos según la complejidad y gravedad del acto de que se trata, tomando como pauta si el acto es o no invasivo y si tiene entidad para comprometer el estado de salud o para provocar un riesgo grave para la vida.

Este derecho que en ejercicio de la autonomía progresiva se reconoce a los niños/as y adolescentes en el área del cuidado de su salud, para la doctrina, responde a un criterio tradicional, según el cual el consentimiento informado es una mera manifestación de voluntad no negocial o bien un derecho personalísimo que no supone un acto jurídico (Solari, 2016).

Cada uno de los supuestos presuponen elementos claves, que van más allá que la capacidad de hecho que propende la posibilidad de analizar la existencia de discernimiento. Con ello se puede decir que la legislación acompaña el proceso evolutivo y donde se da una gran importancia a su opinión, en relación a su desarrollo y madurez que se ha alcanzado en cada etapa de su vida, haciendo un examen particularizado, determinado, minucioso y personal de la situación concreta o conflicto.

Para ello, es menester que se informe previamente al niño/a o adolescente en forma suficiente y adaptada a su nivel, de los riesgos y beneficios para poder emitir su opinión (D'Adam y González Solé, 2022).

Cuando las categorías jurídicas son insuficientes o no son apropiadas para tutelar de manera efectiva de los derechos fundamentales para la persona humana, se debe dar lugar nuevas categorías que, en forma simultánea, puedan captar los fenómenos apartados o dejados de lado por las normas y contemplen las situaciones especiales (Solari, 2016).

Es necesario tomar conciencia que los derechos de la niñez y de la adolescencia son derechos plenos, y no deben ser meros enunciados de buena voluntad ni declamaciones teóricas, son considerados inalienable de la persona que se encuentra en desarrollo.

Por eso se torna indispensable analizar la posibilidad de determinar normativas que contemplen siempre la especial situación de los derechos personalísimos, en concreto, los regulados en relación de los actos de disposición del propio cuerpo, fundadas en la

“competencia” o en el “discernimiento” del paciente, como una excepción al régimen de la capacidad de ejercicio (Solari, 2016).

Por otro lado, la figura de la “responsabilidad parental” se edifica sobre la base de los siguientes ejes señalados en el Art. 639 del CCyCN:

“a) el interés superior del niño;

b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta según su edad y grado de madurez”.

El entrecruzamiento central y general entre los Arts. 26 y 638 se complementa con dos artículos que constituyen el nudo gordiano o columna vertebral de la regulación del derecho privado contemporáneo; nos referimos a los Arts. 1 y 2, en especial, este último, referido a la “interpretación”.

En el contexto de mayor complejidad y riqueza que muestra la legislación civil y comercial para estar a tono con el avance permanente de la ciencia y su impacto directo en la realidad social, también se deben tener presentes las legislaciones locales que se interesan por regular el ejercicio de derechos personalísimos relativos a las personas menores de edad (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera y Fernandez, 2016).

El derecho a la participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan.

Sobre tales ideas se debe encontrar los mecanismos y espacios necesarios para que al niño se le garantice este derecho, de naturaleza constitucional (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera y Fernandez, 2016).

De lo expuesto puede inferirse que existe un sistema de derechos de los niños y adolescentes, enfocado en premisas fundamentales, en primer lugar, se debe resaltar que todo niño o joven es persona, y por el tanto sujeto activo de derechos. La personalidad jurídica de todo ser humano, base fundamental de todo sistema de derechos, importa el reconocimiento de tales derechos (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera y Fernandez, 2016).

En segundo lugar, se debe resaltar que todo niño tiene garantizado el acceso a la protección jurisdiccional. Por lo que cualquier limitación del acceso a la Justicia, y de las garantías del debido proceso de los niños y los jóvenes, colisiona contra estas cláusulas, que en nuestro país gozan de garantía constitucional (Kemelmajer de Carlucci, Lamm, Herrera y Fernandez, 2016).

Se considera que la participación de los niños y niñas en la concreción de su propio interés, debe ser argumentada en función del necesario reconocimiento de su autonomía como sujeto con capacidad, por lo que a efectos de verificar tal cuestión, determina con carácter general, la intervención de los niños y niñas en aquellas situaciones, conflictos o procedimientos que le puedan afectar, y se reconocen los intereses de hijos que son menores de edad, teniendo en cuenta su opinión sobre las situaciones que les afecten, descubriendo tal imagen a sus padres e inversamente, imaginando las auténticas necesidades del niño, completando así la configuración del sistema familiar (Cardenas, 2018).

2.2 Normativa Internacional

Los cambios en la capacidad de ejercicio de las personas menores de edad y las personas con padecimientos mentales reconocen como antecedentes fundamentales las normas de Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989 (aprobada por nuestro país mediante Ley N° 23.849 y con jerarquía constitucional por el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional, en adelante CDN) y la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad (aprobada por Ley N° 26.378 y con jerarquía constitucional mediante Ley N° 27.044, en adelante CDPD).

Igualmente, en el plano legal, las leyes 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes y la Ley N° 26 657 de Salud Mental, significaron reformas importantes que prepararon el terreno para los cambios que ahora introduce nuestro Código Civil y Comercial de la Nación.

También hay que tener en cuenta la cláusula constitucional contenida en el Art. 75 Inc. 23, que resulta una directriz de relevancia insoslayable.

Entre las características fundamentales que recoge esta normativa Internacional, es la de adoptar un nuevo paradigma para la consideración de la niñez y de la adolescencia.

Según García Méndez (1998), existe un cambio de paradigma que recoge los postulados de la denominada "Doctrina de la Protección Integral", que caracteriza a los

niños o niñas como sujeto de derechos, a diferencia de la anterior "Doctrina de la Situación Irregular" que lo reduce solo a objetos de protección.

De este modo debe reconocerse que el niño, niña y el adolescente, se encuentra en una etapa particular de su vida, por encontrarse en un proceso de la vida propio de su desarrollo, por lo cual debe de preservarse en su integridad, en salvaguarda no solo de sus propios y actuales derechos, sino de los intereses de la comunidad que ellos deben formar y participar (García Méndez, 1998).

Tales presupuestos llevan a reflexionar sobre cómo afrontar las posibilidades para resolver los conflictos que involucren a los niños y niñas, a través de la utilización de método que permitan una nueva representación de justicia, siendo el modelo a seguir para lograr satisfacer los conflictos sin mayores perjuicios emocionales, por ello, se debe considerar la relevancia que ello supone cuando se advierte que en las situaciones conflictivas familiares, en la mayoría de los casos, se encuentran los niños o niñas y adolescente en medio de los conflictos de sus padres (García Méndez, 1998).

Así en este escenario, aparecerán hijos que son menores de edad, intentando buscar soluciones para que sus derechos no sean soslayados, y ello determinará la necesidad de priorizar el interés superior del niño que se encuentra consagrado por la normativa internacional.

La normativa internacional analiza las relaciones entre necesidades y derechos en la niñez y la adolescencia, la que es congruente con el principio de capacidad progresiva que se encuentra receptada por las nuevas normativas implementadas también en la legislación Nacional.

Esto se evidencia en los casos de los niños y niñas cuyas necesidades justifican que deban ser considerados sujetos de derechos desde sus nacimientos y que, si bien no pueden reclamar sus derechos por sí mismos, son igualmente titulares de ellos.

Por ello y en virtud de resaltar la capacidad de los niños en ser oídos en estos procesos, se encuentra el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece expresamente:

"Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresarse su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose

debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez"

De esta manera la Convención recepta el principio de ejercicio progresivo de los derechos por parte de los niños y junto a esta normativa se debe mencionar lo estipulado por la Ley N° 26.061 de "Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes" (Adla, Bol. 29/2005, p. I), que en su artículo 27 establece en términos claros, "... que los organismos del Estado deberán garantizar la participación de las niñas y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte", reconociendo el derecho a:

(a) ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

(b) a que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;

(c) a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya -en caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine-;

(d) a participar activamente en todo el procedimiento; y

(e) a recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

Por lo cual deviene en positiva la respuesta formulada en torno a si los niños y adolescentes deben ser escuchados en estas cuestiones que les afectan.

Máxime, cuando advertimos que la "ausencia presencial" de los niños y adolescentes es sólo virtual, ya que paradójicamente en las audiencias familiares suelen estar muy presentes a través de los reclamos de los adultos (Ochaíta y Espinosa, 2001).

De allí que surge la importancia de reconocer al niño/a su derecho de desarrollarse en y con su familia y con ello garantizar el derecho de ser escuchado respecto de cuestiones que afecten el desarrollo o su vida en situaciones que puedan afectarle.

El reconocimiento de autonomía progresiva aparece por primera vez en el ámbito institucional en la Convención de los Derechos del Niño (CDN). Es un instrumento internacional, de carácter vinculante para los Estados firmantes, que establece un marco jurídico integral que protege y asiste de protección a las personas que aun no han alcanzado

la mayoría de edad, es decir menores de 18 años, reconociéndolas como personas con derechos, independientemente de su lugar de nacimiento, sexo, religión, etnia, clase social, condición familiar, etcétera (Viola, 2007).

La CDN se basa en los principios de no discriminación, interés superior de la niñez y adolescencia, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y derecho a la participación, estableciendo un piso mínimo de derechos que deben ser garantizados por los Estados para asegurar la protección de niñas, niños y adolescentes⁸.

La CDN constituye un instrumento de Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes, que los desplaza desde el lugar de objetos de protección y preocupación al de sujetos de derechos⁹.

Se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos sobre cuestiones fundamentales y esenciales como son los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños/as.

Las políticas públicas que está direccionadas a la infancia junto con los límites de la intervención del Estado y la protección del niño/a de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, la obligación de los padres y la sociedad en general, determinar que es imperante adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos mediante la consideración especial del interés superior del niño, como principio rector cualquier medida relativa a los niños/as.

Se subraya con máxima relevancia, el concepto de "interés superior del niño", ante todo el interés del hijo menor de edad en el contexto de los conflictos de índole familiar.

Este principio es uno de los más innovadores de la Convención y se basa en el reconocimiento de la capacidad evolutiva o progresiva de cada niño, niñas y adolescente, en la comprensión de que, con su progresiva maduración y autonomía, el nivel de abstracción, de expresión, de independencia y de pensamiento, se vuelve paulatinamente superior y más complejo (Ochaíta y Espinosa, 2001).

Este adquiere su máxima relevancia cuando hablamos de participación, puesto resignifica la capacidad para expresar su opinión en los asuntos que les afecten y que su opinión sea tomada en cuenta en función de su edad y madurez (Ochaíta y Espinosa, 2001).

⁸ <https://www.argentina.gob.ar/>

⁹ <https://www.argentina.gob.ar/>

Por ello se debe buscar soluciones que mejor se adecuen a los intereses de las partes en conflicto a través de un procedimiento tan particular, que apunta a reconducir el enfrentamiento de las partes, a sus equitativos términos, despojando al conflicto, de aquella carga emotiva que suponga un tributo sobreañadido al delicado conflicto intrafamiliar que se pretende remediar (Contreras, 2013).

Pensando que las partes implicadas en un conflicto de esta naturaleza serán habitualmente los propios progenitores, se debe procurar velar por la integridad de los hijos o hijas menores, pues en cualquier medida que se adopte siempre deberá prevalecer el interés superior de la familia y el propio interés del niño, niñas o adolescentes aún bajo la patria potestad (Cavagnaro, 2009).

Aparece como insoslayable alternativa para garantizar la juridicidad del sistema y los postulados normativos, que el niño/a y el adolescente en conflictos judiciales de índole familiar, sea escuchado con la asistencia de un asesor de menores (Cavagnaro, 2009).

Si bien los instrumentos internacionales que propugnan el interés superior del niño son numerosos, la Convención quiebra la lógica bajo la cual los sistemas nacionales de protección estaban establecidos hasta ese momento (Cillero Bruñol, 2000).

Por influencia de los instrumentos internacionales de derechos humanos, se impulsa el respeto a la autonomía personal como exigencia de la dignidad humana.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En el presente capítulo se van a mencionar y analizar las diferentes interpretativas doctrinarias y jurisprudenciales que presenta la regulación normativa sobre la capacidad progresiva, que se hace presente cuando niños, niñas o adolescentes se encuentran frente a situaciones conflictivas intra familiares.

La incorporación del principio de capacidad progresiva se vio influenciada, entre muchos factores por la postura tomada tanto jurisprudencial como doctrinariamente.

3.1 Doctrina

La doctrina mayoritaria, en la última década, se manifestó por la importancia de entender que el cambio de paradigma que introducen tanto la Convención sobre los Derechos del Niños, incorporada a la Constitución Nacional en el Art. 77 Inc. 22 en la reforma de 1994, como la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente N° 26.061 no solo afirman que los niños son titulares de derechos sino que además deben tener "...un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos" de acuerdo a la autonomía progresiva".

Existen diversos criterios que se pretenden analizar respecto del alcance y concordancia de la capacidad progresiva, no siendo pacíficas las posturas ni en doctrina ni en jurisprudencia que se analiza en el apartado que continua.

Por un lado la doctrina promueve un criterio rígido basado en la aplicación de las premisas que los niños, niñas y adolescentes, al estar sujetos a la Responsabilidad Parental, requieren el consentimiento de ambos padres para participar en cualquier proceso, teniendo en cuenta principalmente, que, podrán ejercer sus derechos por sí y sin acudir al auxilio de terceras personas en la medida de su madurez y desarrollo, de lo que surgiría de una lectura fría de los artículos del Código Civil y Comercial de la Nación (Acosta, 2008).

Las teorías tradicionales implícitas a cerca de la condición de la niñez y sus implicancias en el *status* jurídico que se le asigna, deben plantearse de manera concreta y explícita para poder analizarlas y contemplarlas dadas las situaciones diarias que atraviesan el ámbito judicial tomando a los distintos operadores del derecho, donde muchos niños/as quedan desprotegidos (Oliva, 2019).

Si bien la existencia de estos institutos se remonta al pasado, con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se han experimentado cambios a lo largo del tiempo los cuales han creado interrogantes en cuanto a la regulación de los derechos que tienen los niños a poder manifestar su voluntad en relación a elegir con quien quieren vivir.

La norma de la capacidad progresiva implica el respeto por la autonomía de la voluntad de niños y adolescentes, con aumento progresivo a medida que los niños crecen y adquieren mayor madurez para comprender sus actos, propendiendo siempre al interés superior de los niños, y sin que conlleve a su desprotección (Oliva, 2019).

Para ello, debe asegurarse que los niños cuenten con apoyo y asistencia en el ejercicio de sus derechos, siendo informados, guiados y acompañados por los adultos que ejercen su cuidado.

Esta necesidad cobra especial relevancia en el caso de niños y adolescentes sin cuidados parentales, siendo los operadores del sistema de protección quienes deben brindar ese complemento para posibilitar la adopción de decisiones sanas y autónomas (Oliva, 2019).

Autores como Doyal y Gough (1992) han elaborado esta definición "por un concepto de autonomía como necesidades básicas de todas las personas en todos los entornos culturales conforme a su maduración y crecimiento.

Si se plantean que las necesidades básicas en niños/as y adolescentes, autores como Ochanita y Espinosa (2001), acuerdan en que hay que tener en cuenta que la manifestación de las necesidades de salud física y autonomía, resultan diferente en las distintas etapas evolutivas y que sus satisfactores varían con el desarrollo de cada niño/a y adolescente.

Las mismas autoras, señalan que no existen demasiados desacuerdos en cuanto a que la salud física, es una necesidad básica para niños y adolescentes. Pero al considerar la autonomía, no está tan claro sobre todo para los juristas en cuanto a la participación en otros conflictos que se puedan suscitar donde los menores se vean involucrados en cuestiones de familia.

Esto se debe a que la autonomía se entiende como una libertad, como la capacidad de decidir por uno mismo, sus propias opciones personales, lo que para la doctrina tradicional no puede hacer un niño.

Para complementar las cuestiones jurídicas resulta necesario recurrir a conceptos teóricos que proporciona la psicología del desarrollo para explicar la tendencia de las personas desde que se produce su nacimiento a construir su propio desarrollo y a integrarse de forma satisfactoria en la sociedad donde se desenvuelve.

Para analizar las decisiones sobre la salud física y sobre la autonomía de forma práctica, en su teoría Doyal y Gouhg (1992), proponen que debe ser completadas con necesidades de segundo orden o denominadas satisfactores universales.

Estos satisfactores son requisitos indispensables para favorecer el desarrollo y autonomía de cada una de las personas y deben ser sometidos a investigaciones empíricas. Constituyen un puente entre las necesidades universales y los satisfactores culturales y pueden servir como indicadores de evaluación de necesidades (Doyal y Gouhg, 1992).

Uno de los instrumentos más conocidos y abarcativos de estos contenidos es la Convención sobre los Derechos de los Niños que garantiza todos los satisfactores de salud y autonomía en la toma de decisiones.

Es de remarcar que, dentro de los conflictos familiares, luego de una separación, se discuten diversas temáticas tales como tenencia, alimentos, régimen de vistas, donde se advierte que, en forma directa o indirecta, los hijos se ven involucrados y afectados, en fin, aparecen como parte de un triángulo en los reclamos de los adultos.

De tal modo, en muchos de los procesos de padres separados o en proceso de separación, aparecen los hijos como intermediarios, que muchas veces no son oídos ni respetados en cuanto a sus deseos e intereses.

Siguiendo un concepto más amplio dice Fernández (2015), como ha dicho calificada doctrina, hablar de autonomía de niños, niñas y adolescentes se relaciona con las nociones de libertad, identidad y ciudadanía, en un proceso que exige la inclusión de todos los integrantes de la familia, facilitando el reconocimiento y el respeto de las necesidades de cada cual.

Se trata en realidad de una derivación del principio constitucional de autonomía personal y del complementario de autonomía en las relaciones familiares (Ochaíta y Espinosa, 2015).

Asimismo, reconocer a los niños como sujetos de derechos constituye una ampliación de la ciudadanía, y por tanto exige del Estado una reconfiguración de las políticas públicas destinadas a su protección y de las políticas sociales en general.

Magistris (2011), señala al respecto, que se parte de entender que las políticas sociales dirigidas a la niñez y adolescencia se vinculan de modo directo con las modalidades de gestión de la desigualdad y la ciudadanía infantil.

Resulta pertinente así abordar la tensión planteada entre dos dinámicas centrales. Por un lado, la inclusión de los niños/as, en tanto extensión de los derechos humanos a esta población desafiando las presunciones de la «diferencia» de los niños/as y las prácticas excluyentes basadas en la edad (Llobet, 2008).

Por otro lado, el reconocimiento que destaca el status particular de la niñez como colectivo con formas específicas de vulnerabilidad, intereses y titularidad de derechos, visualizando a la infancia como una población prioritaria en materia de protección e intervenciones especiales (White, 2002).

Nuevamente es la Convención sobre los Derechos del Niño la que enlaza fuertemente la responsabilidad de los padres, la familia, la sociedad y el Estado a la protección de los derechos de la niñez y la adolescencia.

En tal sentido, la noción de autonomía progresiva de los niños y adolescentes tiene directa relación con el papel de los padres o responsables legales, a quienes les corresponde impartir dirección y orientación apropiadas para que sus hijos disfruten de sus derechos, de forma tal que a medida que crecen y adquieren madurez psíquica y competencias sociales, ellos adapten sus funciones, otorgándoles mayores libertades (conforme indica el artículo 5 de la Convención de los Derechos del Niño, receptado internamente por el artículo 639 inc.b del Código Civil y Comercial, y desarrollado por la Opinión Consultiva del Comité de los Derechos del Niño).

Esta situación no debe provocar la desprotección, de modo de permitirles y posibilitarles que puedan hacer realidad sus derechos por sí mismos.

Resulta necesario destacar que lo manifestado no implica menospreciar las funciones y derechos parentales y el deber de protección, sino que se trata de una relación que cambia en sentidos inversamente proporcionales, ajustándose en forma constante a las necesidades de los niños/as (Othar, 2022).

Cuando existe menor autonomía del niño o niña, se incrementan las funciones y deberes de los progenitores en el ejercicio de los derechos del niño, y a medida que el niño/a va adquiriendo mayores aptitudes, disminuyen los deberes y funciones de los padres

sobres los mismos, todo ello en forma gradual y paulatina conforme a los múltiples factores que se presentan en el desarrollo de sus vidas (Othar, 2022).

Herrera y De la Torre (2011), advierten que debe atenderse a esta tensión constante al momento de definir cualquier regulación que refiera a la infancia o la adolescencia, y el Estado podría incurrir en algún tipo de responsabilidad al desconocer una autonomía o al reconocerla de más; violentando el principio del interés superior del niño al impedir el ejercicio de derechos de manera autónoma cuando están en condiciones de hacerlo, o en caso contrario, habilitarlos a decidir por sí cuando no se encuentran preparados para ello; por ello resulta difícil para la doctrina moderna encontrar ese equilibrio.

Por lo tanto, en todas las medidas que se adopten concernientes a niños, niñas y adolescentes se deberá atender a la realización y protección sistemática e integral de todos sus derechos, de modo que estos no sean vulnerados, y no corresponderá que se ponderen o consideren otros intereses, como puede llegar a ser la satisfacción de los derechos de sus padres (Othar, 2022).

Garzón Valdés señala que para que la autonomía individual sea sacrificada deberían darse dos requisitos, en primer lugar, la existencia de una incompetencia básica de la persona que la lleve a tomar decisiones que atenten contra sus propios intereses, que ella misma reconoce como válidos, por lo que habría una autocontradicción; y segundo, que la decisión que se adopte en razón de la intromisión sea necesaria y adecuada para mejorar las condiciones de vida del sujeto (Couso, 2006).

La doctrina tutelar ah sido objeto de muchas críticas, en relación de que no debe permitirse que bajo la bandera o pretexto del interés superior del niño, en muchas actuaciones administrativas, políticas públicas y decisiones judiciales, especialmente en el marco de causas familiares o medidas especiales de protección de derechos de los niños, por las cuales los adultos, que los adultos decidan qué es lo mejor para el interés del niño o adolescente, independientemente de su voluntad y haciendo caso omiso a las decisiones de aquél, quien con su edad y madurez suficientes pueden tomar una decisión de cómo quiere ejercer sus derechos (Othar, 2022).

Las capacidades en desarrollo deberían considerarse positivas y habilitadoras y no una excusa para prácticas autoritarias que restrinjan la autonomía del niño y su expresión (Grosman, 1998).

Puntualmente, la doctrina resulta conteste en sostener que "...el interés del hijo, principio rector para otorgar la guarda, se determina considerando las necesidades

específicas del niño o joven, necesidades estas de las cuáles se puede tener conocimiento, tomando contacto con aquél, o sea escuchándolo” (Grosman 1998, p.1019).

El Art. 639 del CCyCN sostiene que la responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:

a) el interés superior del niño;

b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

La norma enumera los principios generales que rigen la responsabilidad parental. Bajo el nombre de «principios generales» se confunden tres conceptos distintos: principios, derechos y garantías (Solari, 2008). En los términos y alcances de la ley 26.061, el interés superior del niño es un principio, la autonomía progresiva es un derecho, mientras que el derecho a ser oído del niño constituye un derecho y una garantía mínima.

La capacidad de entender y, por tanto, la de querer conscientemente, esencial para obrar, no es la misma, evidentemente, en la infancia que en la juventud o madurez.

El carácter progresivo de esta evolución implica la necesidad de los padres de ir ampliando sucesivamente el marco de capacidad de obrar de sus hijos a medida que se van desarrollando la madurez y las aptitudes intelectuales y psicológicas del menor. Así también implicará un análisis diferente para el Juzgado interviniente, en caso de que el NNyA tenga 5 o 10 o 15 años, habrá que tener ello en consideración a la hora de tomar decisiones respecto de sus deseos o voluntad y también a la hora de la escucha (Belluscio, 2020).

A los efectos de decidir el régimen de cuidado personal de un menor de edad, o para definir el régimen de comunicación frente a una separación o divorcio, se impondrá en caso de que los progenitores no puedan ponerse de acuerdo, el juez debe escuchar al hijo cuando su edad lo permita (Beitia, 2022).

Ello es así y se justifica, en que se debe tomar contacto directo con el niño/a, ya que es la persona sobre cuya existencia se toman decisiones trascendentes debe poder emitir su opinión (Beitia, 2022).

La opinión del niño, si bien no puede ser uno de los elementos fundamentales para tomar en consideración, y adquiere importancia cuando por su edad y madurez puede ser considerada como personal y auténtica (Belluscio, 2020).

Tal como sostiene Medina (2014), este no es un principio rector sobre a qué edad puede el niño tener conciencia de sus preferencias, dependiendo el carácter del niño y la problemática familiar en la que se desarrolla el conflicto, por ello, habrá que constatar la autenticidad y la pertinencia de la opinión, tornándose imprescindible el poder asegurar que ésta es el reflejo de lo que el niño, niña o adolescente realmente siente, descartándose toda posible influencia de uno de los progenitores con el objeto de ganar su preferencia.

Se debe poder determinar según su edad, costumbres y hábitos de vida, cual es la mejor situación sin dejando de lado los intereses de alguno de los padres en particular, es decir que su decisión no se vea motivada por un menor control en sus actividades, menores exigencias, o, en definitiva, lo que haga que le parezca más deseable más allá de atentar contra sus propios intereses (Beitia, 2022).

Se trata de buscar un equilibrio entre los deseos del niño y su conveniencia, aunque muchas veces resulta difícil, pero su opinión ha de ser primordial, fundamental y valorada, debiendo encontrarse el punto justo de equilibrio, sin perder de vista que toda resolución a dictarse debe tener en cuenta fundamentalmente el interés del niño/a (Medina, 2014).

La edad de un niño/a constituye uno de los indicadores para determinar su grado de madurez, y debe atenderse a que el proceso de desarrollo gradual de toda persona y ocurre en el contexto que lo rodea y de maneras diferentes, influyendo en la construcción de su subjetividad determinados por diferentes factores externos, tal como el entorno familiar y afectivo, el entorno y lugar donde crece, la educación que recibe, el ámbito escolar, la situación socio económica, entre otros aspectos que se deben considerar (Medina, 2014).

En este contexto, los niños y niñas deben recibir información respecto a sus derechos, posibilidades de elección, procedimientos administrativos y judiciales que los atraviesan, objetivos de los mismos, alternativas concretas para su futuro y todo aquello que pueda inquietarles o coadyuvar a su subjetivación o construcción de su identidad y autonomía (Medina, 2014).

Pese a la coincidente y clara postura normativa, doctrinal y jurisprudencial, los adultos siguen viéndose responsables por las decisiones que pueden tomar los niños, y por ello muchas veces no se les permiten el ejercicio autónomo, principalmente en lo que pudiera oponerse a su propia voluntad.

Salomone, (2016) Expone que:

“Queda claro que atribuir al niño o adolescente una responsabilidad que excede sus capacidades simbólicas para tramitarla redundante en una violentación a su subjetividad, comparable con aquella que, mencionada en primer término, desubjetiviza al desresponsabilizar” (p.3).

Muchas veces los operadores jurídicos, incluso estando a favor de las decisiones y coincidiendo en lo acertado de lo manifestado por los niños/as, requieren autorización judicial porque descreen que sea suficiente con la observancia de competencia para ejercer sus derechos en forma plena, dejando de lado los intereses propios de ellos, y no velando por el futuro de los niños/as (Medina, 2014).

3.2 Jurisprudencia

3.2.1 Interés superior del niño

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su condición de máxima autoridad judicial a nivel nacional, dispuso como doctrina que “[...] el interés primordial de los niños y adolescentes ha de orientar y condicionar toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos.¹⁰”

Más cercana en el tiempo se ubica una historia de vida que motivó en la instancia de grado definir que el cuidado personal de cada hijo estaría a cargo de cada progenitor. En la alzada, dicho pronunciamiento fue revocado sobre la base del deseo contrario expresado por los niños, el cual se correspondía con el interés superior de estos.

Una sentencia de CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 3, determinó que cada hijo de la expareja viva con un progenitor distinto es antifuncional en la armonización de todos los intereses puestos en juego, ello en razón de que ambos menores sostuvieron, de manera clara, seguros en su posición y con una madurez superior a la edad que poseen, que más allá de que quieren mucho a ambos padres, su deseo es vivir en la localidad donde vive su madre, ya que allí se sienten más seguros y contenidos —Moreno—, agregando que también quieren mantener un contacto estable con su padre [...] ¹¹.

¹⁰ CS, 06/02/2001, Fallos 324:122; 02/12/2008, Fallos 331:2691; 29/04/2008, Fallos 331:941

¹¹ CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, 01/03/2018, "M., P. R. c. A., E. s/ cuidado personal de hijos", LL, AR/JUR/1442/2018.

Para determinar el interés superior del niño debe evaluarse, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, su opinión, su identidad, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de sus relaciones, su cuidado, protección y seguridad, su situación de vulnerabilidad, su derecho a la salud y a la educación" (12).

3.2.2 Autonomía Progresiva

Los primeros avances en el desarrollo de un rol activo de las niñas, niños y adolescentes se observan en el derecho de participación en el proceso de familia, como surge de lo dispuesto en la opinión consultiva 17/2002 de la CIDH: "...aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso [...]".

El primer caso en que el principio de Autonomía Progresiva marcaba la necesidad de que debía ser incorporado normativamente, se observaba en el ámbito de la jurisprudencia e incluso en el derecho comparado, así se expresaba en el caso "Gillick"¹³, en Londres, a partir del cual se construyó el término conocido como "Gillik competent", para referir a una categoría de niños que, sin contar con la edad legal para prestar consentimiento válido en términos generales, podrían hacerlo frente a derechos personalísimos, en función de su edad y grado de madurez.

A partir de allí, en el derecho comparado fue construyéndose la doctrina de la autonomía progresiva, que afirma que el ejercicio de derechos fundamentales depende de las efectivas condiciones de madurez, que se van adquiriendo progresivamente hasta su plenitud.

Así en este caso el tribunal decidió, que la capacidad médica se alcanza a los 16 años; si la persona todavía no llegó a esa edad, se aplica la llamada "Gillick Competence": un menor es Gillick competent si ha alcanzado suficiente aptitud para comprender y suficiente inteligencia para expresar su voluntad respecto del tratamiento específicamente

¹² CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 3ª, 01/03/2018, "M., P. R. c. A., E. s/ cuidado personal de hijos", LL, AR/JUR/1442/2018.

¹³ Gillick v West Norfolk & Wisbeck Area Health Authority [1986] AC 112 Cámara de los Lores

propuesto. Si no es competente o no alcanzó los 16 años el consentimiento debe ser dado por quien tenga la responsabilidad paterna.

A partir de este caso, se impuso la regla inglesa para la resolución de los conflictos entre la voluntad del hijo menor de edad y la contraria de sus padres. Entonces, acá la noción de competencia, se identificó con el principio jurídico de autonomía progresiva, diferenciándose así del concepto de capacidad tradicional. Así también la Corte Suprema de Justicia sostuvo que:

“Hay acciones que implican el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho al cuidado del propio cuerpo y salud— desde higienizarse, realizar una consulta médica, tener una vida sexual, adoptar prácticas anticonceptivas lícitas, etc.

Por lo general, no tienen por finalidad la modificación de un derecho subjetivo o el establecimiento de una relación jurídica, o sea, no se concretan en “actos jurídicos” (art. 944 Código Civil argentino), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (art. 899)”

Concluyéndose que:

“El ejercicio de estos hechos no se encuentran alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas, toda vez que estos conceptos se vinculan al sistema de protección de los intereses de las personas sujetas a representación, pero estrictamente en cuanto a los actos jurídicos que las mismas puedan celebrar”.

Por lo tanto, y al igual que en el caso *Gillik*, se reconoce en el derecho argentino el concepto de “competencia” o “mayoría anticipada”¹⁴. En nuestro país varios precedentes reconocieron el ejercicio de derechos personalísimos por menores de edad; así, entre muchos, podemos citar la admisión de ejercicio de derechos sexuales Independientemente de la autoridad de sus padres (kemelmajer de Carlucci., 2014).

¹⁴ TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, “Liga de Amas de Casa, Consumidores y Usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 14/10/2003); la continuación de embarazo adolescente (JFlia N° 1 Mendoza, “B., L. A.”, 16/09/2008).

Ya señaladas algunas de las manifestaciones en las que se hace presentes el principio de autonomía progresiva, se puede traer a colación un fallo del STJ del año 2015, al cual se llegó por una causa que se presentó ante el Juzgado N° 7 de Viedma en la cual la Sra. M.C.H requería la TUTELA de su nieta E.P.T ya que su hija, madre de la menor (E.P.T), era adolescente (16 años).

Ante dicha presentación el Juzgado decide recaratular la causa a GUARDA JUDICIAL, en desacuerdo con ello la Defensora de Menores e Incapaces interpone un recurso de revocatoria con apelación en subsidio sosteniendo que corresponde reclamo de TUTELA y NO GUARDA.

Se le rechaza la revocatoria y se acepta la apelación en subsidio. En Cámara se rechaza la sentencia de primera instancia, razón por la cual la actora interpone recurso de casación ante el STJ, quien lo declaró improcedente. Este escueto y superficial relato de los hechos es necesario para poder abordar lo que es relevante para el presente trabajo ya que me remitiré a los fundamentos que fueron tomados tanto por el Juzgado de Familia, Cámara de Apelaciones y el Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (STJ), para argumentar su postura y decisión tomada.

Lo que sucede es que algunos de ellos claramente no pasan el tamiz del cumplimiento normativo. Es necesario comenzar con el argumento adoptado por el Juzgado de primera instancia para cambiar el tipo de proceso que fue demandado de forma oficiosa.

Su postura se sostuvo en dos grandes pilares como ejes centrales, fomentar la responsabilidad parental de la madre adolescente y reconocer su autonomía progresiva. Ante ello se manifestó: "...cabe preguntarse si el matrimonio, como acto por sí mismo, debe ser valorado como sinónimo de madurez"¹⁵.

Sin duda, la respuesta que se impone debe ser negativa, ya que también existe madurez en la decisión de una adolescente que no teniendo pareja decide afrontar sola la responsabilidad de ser madre o de dos padres jóvenes que deciden emprender una comunidad de vida sin unirse en matrimonio.

Los grandes cambios sociales que se están operando en las familias actuales, sumado a la recepción del derecho internacional de los derechos humanos, han puesto en crisis los institutos tradicionales del derecho de familia, haciendo necesaria e impostergable su revisión a la luz del plexo constitucional de infancia... ”.

¹⁵ Superior Tribunal de Justicia de Río Negro (STJ)

Puede vislumbrarse que el Juzgado de Familia protegió, en esta sentencia, el derecho de una adolescente a criar a su hijo y acompañarlo en los actos cotidianos durante su primera infancia. Sumado ello se hace hincapié en el ejercicio de la responsabilidad parental. En el caso no existe razón por la cual se le deba negar el derecho a ejercerlo a su propia madre, con asistencia de la abuela. La decisión del Juzgado garantiza cumplir con esencia de la norma.

También es de notar, como se aplica la normativa de forma dinámica, donde en el momento de los hechos solo existía el proyecto de Código Civil y Comercial el cual incorporaba el principio aquí abordado, como así también si bien los institutos familiares estaban siendo afectados ante tantos cambios sociales.

Los argumentos desarrollados por el Juzgado de Familia se apartaron de la norma en su sentido estricto, dando lugar a la interpretación dinámicamente acorde a la realidad social, logrando no hacer distinciones ni diferencias ante la ley.

Por otro lado, una postura contraria la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial revocó la sentencia, retomando el trámite de tutela y básicamente su decisión la basó en dos razonamientos: “...

Por haber sido adoptada sin haberse escuchado durante el proceso a la madre adolescente y porque la solución propiciada deja desde el inicio de las actuaciones sin representación legal a la nieta de la peticionante...”

El primero de los fundamentos adoptados, cae en primera medida, ya que obvia el detalle que se había fijado la fecha para la audiencia con la adolescente, por lo tanto, ese argumento para dejar sin efecto la anterior sentencia carece de sustento y convencimiento alguno, aun mas, ellos tomaron su decisión sin garantizarle ese derecho y contrariando otros principios normativos vigentes. Y el segundo de los fundamentos lo valieron en que interpretaron que la figura de la guarda no estaba regulada expresamente por lo que el Instituto correspondiente era la tutela.

Otra causa¹⁶ que se puede mencionar, se revocó la sentencia de grado y se decretó la modificación del régimen de tenencia a favor de la progenitora de dos niños F. y A. S. (fs.239/256).

¹⁶ La Sala Tercera de la Excma Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata en fecha veintinueve del mes de agosto de 2013

Contra dicho resolutorio se alza la Sra. Asesora de Incapaces, Dra. Laura Ozafrain, a través del Recurso Extraordinario de Inaplicabilidad de Ley.

La quejosa denuncia violación de los Arts. 3 y 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y el Art. 75 Inc. 22 de la Constitución Nacional; y de los Art. 7 Inc. b), Ley N° 26.061; 4 Inc b), Ley N° 13.298; Art. 3 Ley N° 13.634 y Arts. 163,164,384 y 474 del CPCC.

En particular señala que la sentencia en crisis no ha tenido en cuenta la opinión de los niños de 11 y 13 años de edad, de conformidad con la garantía constitucional que exige que los niños sean oídos y sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta de conformidad con el principio del desarrollo de su capacidad progresiva (Art. 12 CDN).

Al respecto destaca que los niños F y A han sostenido reiteradamente desde el inicio de la causa y ante los diversos operadores judiciales el deseo de permanecer conviviendo junto a su progenitor (fs. 260 vta./262). Puntualmente señala que "... al momento de resolver sus opiniones no fueron tenidas en cuenta en tanto ni siquiera se merituaron para decidir en contra de éstas" (fs. 260 vta) y que " Una especial consideración al superior interés del niño (tal como regula el Art. 3 de la C.I.D.N) debió haberse tenido en cuenta para alcanzar la decisión, exteriorizando la sentencia con fundamentos expresos, los motivos por los cuales se apartó de su explícita voluntad para decidir exactamente en sentido contrario a la opinión de los niños (fs. 261 vta. y 262)¹⁷.

En segundo lugar, alega que la sentencia recurrida ha incurrido en absurda valoración de la prueba en virtud de incurrir en una fundamentación aparente al introducir de oficio argumentos científicos no esgrimidos por las partes ni contenidos por prueba pericial. (fs. 262 vta).

Ello pues al asumir la sentencia la igualdad de condiciones generales de ambos progenitores para asumir la tenencia de los niños (pto. IV de la sentencia impugnada), no surge de modo expreso cuál ha sido el elemento determinante tenido en cuenta para sostener la modificación del *statuo quo*, máxime cuando la opinión de los niños radicaba en permanecer conviviendo con su progenitor.

¹⁷ Suprema Corte emanada de las causas C92267, sentencia del 31 de octubre de 2007; C107820, sentencia del 11 de agosto de 2010; C 109139, sentencia del 16 de marzo de 2011; C 107966, sentencia del 13 de julio de 2011.

Sobre este punto destaca que “siendo que las pericias citadas por la sentencia no indican la conveniencia de modificar la tenencia y otorgársela a la madre, la sola cita de sus constancias no alcanza a satisfacer la necesidad de justificar en esta prueba el fundar la sentencia” (fs. 264)

Más concretamente, sostiene que “...de las pericias agregadas en autos que resultan elocuentes en cuanto a sus conclusiones e ilustrativas para quienes no somos profesionales de la psicología.

La Corte constata que la Corte Suprema de Justicia no explicó en su sentencia cómo evaluó o tomó en cuenta las declaraciones y preferencias hechas por las menores de edad que constaban en el expediente.

En efecto, el Tribunal observa que la Corte Suprema no adoptó una decisión en la que se razonara sobre la relevancia atribuida por dicha Corte a las preferencias de convivencia expresadas por las menores de edad y las razones por las cuales se apartaba de la voluntad de las tres niñas.

Por el contrario, la Corte Suprema se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad, pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (supra párr. 197).

Por lo anteriormente indicado, la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1.

En este orden de ideas, y tal como alega la quejosa, tampoco se desprende de la pieza recurrida un análisis de los motivos por los que la alzada resolvió apartarse de los deseos y opiniones de los niños de -12 y 14 años (fs.10)- quienes manifestaron de modo categórico y sostenido su deseo continuar viviendo con su padre.¹⁸

Trasladando la atención a otra historia de vida, dos jóvenes de 13 y 15 años piden en la justicia que se suspenda la orden de restitución con su padre a España en cumplimiento de una sentencia firme. Para fundamentar la presentación, alegan que son parte en las

¹⁸ Comité de Derechos del Niño, Observación General 12/2009 sobre el derecho del niño a ser escuchado, CIDH, “ Atala Riffo vs Chile ”, sentencia del 24 de febrero de 2012, párrafos 196-208)

actuaciones y que se les debió designar un abogado para que los represente, destacando que en las tres instancias no han podido participar en decisión alguna sobre sus personas.

En este contexto, en la justicia se dijo: "La restitución a España con su padre de dos jóvenes de 13 y 15 años, quienes manifestaron su deseo irreductible de quedarse en el país donde tienen a su madre, su colegio, sus amigos y familiares, debe suspenderse, en tanto aquéllos cuentan con grado de madurez suficiente para comprender los alcances de su voluntad en los términos del art. 707 del Cód. Civ. y Com., lo que supone en el caso una identificación con su superior interés y con el respeto a su capacidad progresiva, máxime cuando sus progenitores no hicieron más que sostener una batalla judicial internacional a expensas de los intereses que cada uno dice defender, lo que indudablemente otorga una insoslayable trascendencia a la opinión madura de sus hijos [...]"¹⁹.

3.2.2 Derecho de los menores de edad a ser oídos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció a este respecto en el caso «Atala Riffo y Niñas vs. Chile» que «el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos» (Corte IDH, 2012, párrafo 108).

Ello quedó justificado por el Comité de los Derechos del Niño que destacó que el Art. 12 que impone el derecho de los niños a ser oídos, se aplica tanto a los niños pequeños como a los de más edad: "...como portadores de derechos, incluso los niños más pequeños tienen derecho a expresar sus opiniones, que deberían tenerse debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño" (Comité de los Derechos del Niño, 2006).

Otro de los casos conocidos que sentó precedente jurisprudencial, que abordó la aparente disyuntiva entre responsabilidad parental y autonomía, así como el rol del Estado en dicha disyuntiva, es el caso "Liga de amas de casa"²⁰, en el cual el Superior Tribunal local sostuvo que:

"Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse

¹⁹ Juzg. Nac. Civ. Nº 4, 10/07/2017, "D., H. A. c. L., E. M. s/ restitución internacional de menores", LL, AR/JUR/68924/2017

²⁰ TSJ, CABA, 14/10/2003, «Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires», LL, 2004-B-413.

en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad», agregando que:

“...Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación”.

Esta relación a esta disyuntiva que conlleva dos necesidades trascendentes de los niños, niñas y adolescentes, para determinar el grado de autonomía y protección, cobra especial relevancia en el caso de niños sin cuidados parentales, respecto a los cuales se ha adoptado una medida especial de protección o medida legal, apartándolos de su grupo familiar y disponiendo su permanencia en un hogar convivencial, bajo el cuidado del Estado.

Y es que en esos casos, el Estado no se limita a la función asignada por el mismo Art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño de «respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres», asumiendo el principio de no injerencia arbitraria del Estado en la vida familiar, ni a su función residual de establecer objetivos básicos y controlar el cumplimiento de los deberes parentales y preservar los derechos fundamentales de los niños; sino que es el mismo Estado quien, a través de los organismos del sistema de protección de derechos de la infancia, se responsabiliza por cumplir en todos sus aspectos las funciones parentales y asegurar el desarrollo equilibrado de ambas variables en relación a esos niños.

Los operarios del sistema de protección, quienes comparten la cotidianeidad de cada niño o adolescente, los que cumplirán los roles de dirección y orientación en el ejercicio de derechos, debiendo hacer efectiva esa articulación entre autonomía y protección, en pos del interés superior de los niños.

Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación²¹ ha sostenido que además de la especial atención que merecen los niños y adolescentes de parte de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad

²¹ Fallos: 318:1269 ; 322:2701 ; 324:122 .

toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de casos que los afecten.

La incorporación de esta lógica en las políticas sociales requiere de instituciones afines a los paradigmas vigentes y de operadores que las integren capacitados y especializados en la temática.

La referencia a la dimensión institucional da cuenta de su impronta estructural y estructurante para los procesos de políticas públicas que no se generan en el vacío, sino que se producen en un ámbito institucional particular que lo antecede y lo condiciona.

Los sujetos involucrados de las políticas actúan y se relacionan al interior de cierto marco institucional (formal e informal) preexistente y, por tanto, restringe, regula y orienta las acciones y los sentidos de los procesos de políticas públicas, a la vez que, en un sentido dialéctico, son los propios sujetos los que crean y recrean dichos marcos institucionales²².

En este sentido, todos los operarios del sistema jurídicos deben contar con capacitaciones adecuadas para el entendimiento pleno de la temática, además de resultar de gran beneficio la exigencia de un perfil psicológico y laboral conteste con la labor que habrán de desarrollar.

Y con esto, no debe recaerse en el error de solo pensar en los magistrados y directores de las Áreas de Niñez y Adolescencia, sino en todos y cada uno de los operadores, pues hasta el empleado menos jerarquizado de un Hogar Convivencial compartirá la cotidianeidad de los niños allí alojados e influirá, quizás aún más directamente que el Juez a cargo de su causa, en la conformación de su subjetividad.

No por ello se exigirá a un empleado de limpieza que tenga estudios en psicología, pero sí parece conveniente que sea una persona empática y que haya sido mínimamente capacitado para dar respuesta a los adolescentes que a él pudieran acercarse, aunque más no sea para saber decirles a quiénes recurrir y no hacer oídos sordos a un reclamo de atención por parte de un sujeto vulnerable.

En este sentido, todos aquellos sujetos que mantienen contacto directo y cotidiano con los adolescentes bajo medidas de abrigo deberán ser conscientes del proyecto y plan

22 Ganar Derechos, Lineamientos para la Formulación de Políticas Públicas Basadas en Derechos, Serie de Documentos de Trabajo, IPPDH, Mercosur.

estratégico del que forman parte, sino para colaborar en su desarrollo, al menos para no entorpecerlo.

Es cierto que ningún padre o madre recibe una capacitación especial para criar a sus hijos, y que tampoco en general seleccionan los empleados que trabajan en su hogar pensando en la influencia que pudieran tener en los niños -sí seguramente al elegir a quien cuide a sus hijos; pero no debe perderse de vista que los niños, niñas y adolescentes están sujetos a medidas especiales de protección, por ser considerados seres en extrema vulnerabilidad.

Por ello, la justicia debe garantizar el desarrollo en condiciones de equidad y su formación lo más sana y plena posible, con los que resulta necesario extremar los cuidados para evitar nuevas vulneraciones y compensar de alguna manera las desventajas de las que parten en ese desarrollo.

La jurisprudencia como la doctrina han elaborado pautas tales como: la estabilidad “el *statu quo* es una de las circunstancias más importantes a sopesar en estas cuestiones, ya que se parte de la base que debe evitarse todo cambio si no existen graves perjuicios o poderosas razones que lo justifique, pues en lo posible se debe tratar de no alterar las condiciones de hecho en las que vive el menor...”²³

Se sostuvo que la opinión del niño “en función de lo que caracteriza un régimen de tenencia es imprescindible conocer de boca propia del niño cuáles son las sensaciones que experimenta en su realización, las modalidades que más le favorecen y penetrar en lo más íntimo de su preferencias en esta materia...”²⁴ y ;la preferencia del progenitor que facilita la vinculación con el no conviviente; la inconveniencia de separar a los hermanos; la cantidad de tiempo que puede pasar cada uno de los progenitores con el o la menor; el concubinato de quien pretende la tenencia; el criterio económico; etc. (Grosman, 2010) con el objetivo de “disminuir la subjetividad a la hora de decidir acerca de la aptitud para ejercer los roles parentales, habiéndose entendido que es más apto para ejercer la custodia aquél que “favorece en mejor medida el “interés superior del niño” (art. 3 CDN, SCBA; C107820, sent. del 11-8-2010).

En esta línea de pensamiento el Máximo Tribunal de la Nación sostuvo que:

²³ SCBA, C91622, sent. del 26-10-2010 conf. C92267, sent. del 31-10-2007

²⁴ SCBA, C91622, sent. del 26-10-2010 conf. C92267, sent. del 31-10-2007

“Sin ignorar los disensos que ha generado el alcance de dicho concepto, sea que se le signen unos contornos de mayor amplitud, o se lo subordine al interés general y familiar, o se lo identifique con el respeto por los derechos fundamentales de la niñez, lo cierto es que ese mejor interés es lo que define la consistencia de cualquier *litis* en la que se discuta la guarda de una persona menor de edad (...)

Entonces, la verdadera '*quaestio*' que subyace en estos asuntos es la conveniencia de la persona en formación, y su búsqueda eficaz es una acuciante responsabilidad de los jueces.

De ella ha de partir la labor decisoria, puesto que el modo de ser propio de ese tramo crucial de la existencia humana (y del plexo jurídico que la rige), impone como primordial e impostergable, que se persiga lo mejor para los hijos y se arbitren los medios eficaces para la consecución de ese propósito. Como se apuntó más arriba, estamos aquí frente a un concepto abierto.

La Corte expuso que , “al decidir respecto de la tenencia y régimen de visitas de un menor no puede prescindirse de recabar la opinión del niño...”²⁵ y que “escuchar al menor no implica que eventualmente no puedan desatenderse sus preferencias expresadas, si de los elementos obrantes en poder del juez, en particular los provenientes de una objetiva valoración de su medio, para lo cual cabe contar con el aporte inestimable de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés, en cuyo caso se torna necesario equilibrar esa posible frustración mediante adecuados auxilios terapéuticos y fundamentalmente orientándolos a la comprensión de la decisión y sus motivos.

De todos modos, es menester que en tales supuestos de colisión con el deseo del menor el juez exprese los motivos de su apartamiento de la opinión recogida” (destacado propio)²⁶

En esta misma línea se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño al afirmar que “Dado que el niño tiene derecho a que sus opiniones se tengan debidamente en cuenta,

²⁵ SCBA, C107820, sent. del 11-8-2010 y C91622, sent. del 26-10-2010)

²⁶ SCBA, C78728, sent. del 2-5-2002).

el encargado de adoptar decisiones debe informar al niño del resultado del proceso y explicar cómo se tuvieron en consideración sus opiniones.

La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia" (párrafo 45, OG12/2009).

Un caso²⁷ sustanciado en la etapa de transición comprendida desde la media sanción del Proyecto de Reforma de Cód. Civ. y Com. hasta la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. La causa se inicia por un pedido de restitución planteado por la madre de una joven, quien convivía con la ex pareja de su progenitora. Esta última manifestó en la justicia que su hija considera a su ex pareja como un referente en todos los aspectos de su vida como consecuencia de la manipulación que él ejerce sobre ella desde lo afectivo y económico. Señala que el progenitor legal tiene poco contacto con la hija por vivir en otra localidad, recayendo en ella el cuidado exclusivo.

En una entrevista personal con la joven, surge el vínculo conflictivo que tiene con sus progenitores legales, su enojo por la ruptura de la pareja de su madre con quien ella considera su progenitor afín y su temor a perder su centro de vida. Admite la alternativa de vivir temporariamente con la familia de una amiga. Ante la imposibilidad de permanecer en la familia de una amiga y la negativa de vivir con alguno de sus progenitores, se dispone una medida excepcional y su alojamiento en una institución.

La joven solicita que se le designe un abogado del niño. De la pericia psicológica surge que el nivel de disfunción familiar es alto y que a lo largo de los años se fortaleció el vínculo entre el progenitor afín con la joven, siendo genuino el deseo de la adolescente de vivir con él.

En este marco, la jueza dispuso: "Si el vínculo socioafectivo entre una joven y la ex pareja de su madre tiene espacio propio y ha sido alimentado por los años de convivencia y no se ha evidenciado una manipulación que pudiera afectar la decisión de la joven, debe disponerse la responsabilidad de sus cuidados cotidianos a cargo de quien cumpliera el rol de progenitor afín, sin perjuicio de mantener supervisión del caso y que tanto la menor como sus padres biológicos deberán trabajar en el restablecimiento de los vínculos".

²⁷ Juzg. Familia Bariloche n. 9, 01/07/2015, "Expte. nro. 10551-15", LA LEY Online AR/JUR/27938/2015.

Conclusión

Los niños, niñas y adolescentes, como sujetos de derechos que sean partes de un proceso judicial, serán amparados por el el interés superior como principio rector, teniendo en claro que su alcance comprende tanto la realización de todos los derechos reconocidos a este universo, como así también el permitirles, conforme a la condición de sujetos capaces, el derecho a participar en toda decisión que los comprenda. Esta participación, que se medirá en función de las competencias que cada niño incorpore durante el proceso madurativo, se acompañará de la asistencia de los representantes legales en la medida en que la protección de su persona lo indique.

Sin embargo, las evoluciones de las facultades de los niños, niñas y adolescentes se denotan en el sistema donde a mayor madurez o aptitud de comprensión de su parte, menor sería la representación por parte de los progenitores; siendo contradictorio o violatorio a los derechos de participación, autonomía y libertad de los primeros si los segundos los sustituyan cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí dichos actos.

Frente a un paradigma histórico en el que los niños, niñas y adolescentes eran concebidos como objeto de protección del Estado, resultaba difícil sostener la relevancia de sus decisiones respecto de los planes de vida. Un cambio radical de este modelo significó la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), tratado internacional de derechos humanos que en nuestro sistema jurídico cuenta con jerarquía constitucional, en relación a la infancia al considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho.

En cuanto a ello, podemos observar que la legislación ha evolucionado en cuanto a que, anteriormente se establecía que los niños, niñas y adolescentes sólo podían ser escuchados por sí, con asistencia de un abogado cuando tenían cumplido los catorce años, por debajo de esa edad, su representación correspondía a los padres, al tutor y al Ministerio Público de Menores, basándose en el interés superior.

A lo largo del presente trabajo, se puede destacar que, en la legislación nacional e internacional más moderna, existió un gran cambio de paradigma, donde la niñez es concebida como una etapa de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía y, por lo tanto, de la responsabilidad gradual sobre los actos.

La promoción a la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, debe constituir uno de los intereses jurídicos más relevantes y que deben ser protegidos y plasmados en las normas jurídicas de nuestro sistema integral, y ello es porque las niñas,

niños y adolescentes, han dejado de ser objetos de protección para finalmente ser reconocidos como sujetos de derechos.

La capacidad progresiva es un factor determinante y condicionante de la efectividad del sistema judicial a la hora de resolver situaciones conflictivas concretas en el ámbito de las relaciones de familia.

El plexo normativo vigente en nuestro país existe un reconocimiento de la autonomía progresiva de los niños, que lleva al desarrollo de relaciones más igualitarias y especialmente el respecto al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida primordialmente en cuenta en todo procedimiento judicial y administrativo que los afecte.

Esto constituye un principio consagrado a nivel normativo por la Convención de los Derechos del Niño y han sido incorporados a nuestro ordenamiento legal con la sanción de la Ley nacional N° 26.061, que expresamente recepta el derecho de los niños a ser oídos, e incluso lo hace con un alcance mayor que el estipulado en el Art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es por ello, que los jueces, frente a conflictos familiares, deben escuchar directamente a los menores de edad como sujetos de derecho; para que puedan expresar su voluntad de con quién quieren vivir, y que sus dichos dados en un marco de libertad, sean los precedentes, logrando de esta manera una mejor protección y seguridad jurídica a los niños, niñas y adolescentes.

Bibliografía

Acosta K., (2008). Cuando un niño necesita un abogado. Id SAIJ: DAOF080039
Recuperado en www.saij.jus.gov.ar

Alegre Silvina; Roger Camille Ximena Hernández, "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. INTERPRETACIONES Y EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS." 1999-6179 / marzo 2014 II.

Alegre Ximena y Hernández Camille, "El interés superior del niño. Interpretaciones y experiencias latinoamericanas.1999-6179 / marzo 2014" 8 C AR LO S G A BR IE L DEL M AZO, "Capacidad y autonomía de la voluntad de las niñas, niños y adolescentes su intervención en los términos de la ley 26.5291.

Anta Alberto (2020). Responsabilidad parental: El interés superior del niño y las medidas de la ley. Recuperado en: <https://www.erreius.com/>

Azpiri Jorge O, Manual de Derecho de Familia, editorial Hammurabi, CABA, año 2016, p. 391.

Azpirl, Jorge O (2015).: Incidencias del Código Civil y Comercial de la Nación. Derecho de Familia.Buenos Aires, Hammurabi, 2

Baratta Alessandro., (2016). Infancia Autonomía y Derechos- Una cuestión de principios- Derecho a tener Derecho- Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina y el Caribe- Tomo 4 pags. 35-36
http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura24.participacion.pdf

Basset, Úrsula C., (2015) "Sobre las medidas de protección en la ley 26. 061.Una mirada desde otra perspectiva" Buenos Aires: LEXIS. Disponible en <https://www.academia.edu>

Belluscio Claudio «Coronavirus y Régimen de Comunicación», 01/05/2020. Disponible en <https://garciaalonso.com.ar/blog/coronavirus-y-regimen-de-comunicacion/> (acceso el 07/07/22).

Belluscio Claudio «Jurisprudencia sobre coronavirus y régimen de comunicación», 21/05/2020. Disponible en <https://garciaalonso.com.ar/blog/jurisprudencia-sobre-coronavirus-y-regimen-de-comunicacion/> (acceso el 10/07/22).

Bruñol Cillero Miguel, "EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO" III. Delle Vedove, María Julia, "La autonomía progresiva: el principio que garantiza el ejercicio personal de los derechos del niño. La posible colisión con el interés superior. Especial análisis de los actos médicos del adolescente".

Bueres, Alberto(2015) J: Código Civil y Comercial analizado, comparado y comentado, t. 1. S. I., Hammurabi, S. A.

Burgués, Marisol B. - Lerner, G. (2020). Alcances, límites y delimitaciones de la reglamentación de la ley 26061. Desafíos pendientes... Citar Lexis N° 0003/012810. <https://www.desarrollosocial.gob.ar/>

Burgués, Marisol, NAVARRO, Ernesto M., "Un precedente que arroja luz sobre el derecho a la identidad de género y su acceso en el caso de los niños, niñas y adolescentes", en RDF 2014-I-76 y ss.

Caramelo, Gustavo, "Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos", Revista Derecho Privado, año I, N° 1, Ediciones Infojus, ps. 73.

Castro Moritonda, Fernando H., (2018) "El menor en juicio y el artículo 59 del Código Civil", UNLP 2018-38, p. 90. <https://www.ing.unlp.edu.ar/>

Cillero Bruñol Miguel, 2000 "el interés superior del niño en el marco de la convención internacional sobre los derechos del niño.

Ciruzzi, María Susana "La experiencia interdisciplinaria en el proceso de consentimiento informado de niños, niñas y adolescentes en el espacio sanitario."

Cobas, Manuel, Código Civil y Comercial Comentado, T. I, LORENZETTI, Ricardo Luis (director), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014, p. 115;

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso. Comentario al art. 641, a cargo de María Victoria Pellegrini, página 472, Buenos Aires, Editorial Infojus, 2015.

Comité de los Derechos del Niño, OBSERVACIÓN GENERAL N° 7, UNICEF- Centro de Investigaciones Innocenti; pág. 76.

Convención de los Derechos del Niño, disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (acceso 11/03/22).

Couso, Jaime: El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído; en Revista de Derechos del Niño- Dir. Cillero, Miguel y Couso Jaime, Números 3 y 4, UNICEF, Universidad Diego Portales, 2006, pág. 153.

Cature Eduardo (2015) Fundamentos del Derecho Procesal Civil” Justicia y Derecho pag. 183 recuperado en: <https://www.tsp.gob.cu/sites/default/files/revista/documento/28justiciaderecho.pdf>

Del Mazo Carlos Gabriel, “CAPACIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES SU INTERVENCIÓN EN LOS TÉRMINOS DE LA LEY 26.5291.”

Fallos: 318:1269; 322:2701; 324:122.

Famá, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", LA LEY 20/10/2015, 1, AR/DOC/3698/2015:

Fernandez Silvia Eugenia, “TRATADO DE DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”, editorial Abeledo Perrot, tomo N° 2 y 3 (2015)

Fernández, Silvia (directora) Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes. Abeledo Perrot, Bs.As., T. I. p 355.

Fernández, Silvia Eugenia, "El régimen de capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 17/11/2014, 25, AR/DOC/3834/2014.

Gil Domínguez, Andrés - Famá, María Victoria - Herrera, Marisa (2017) Ley de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes. Derecho constitucional de familia, Buenos Aires: Ediar.

Gillick C. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority, Corte de los Lores, Gran Bretaña, 1986.

Gonzalez Perret (2020). La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia. Artículo publicado en Revista: “Justicia y Derechos del Niño” -3er. tomo UNICEF año 2002 – Argentina. Recuperado en <http://www.iin.oea.org/>

Gorven, Nilda S.; Polakiewicz, Marta. *El derecho del niño a decidir sobre el cuidado de su propio cuerpo*. ED 165, p. 1292.

Gozáini, O., (2020) "La representación procesal de los menores". Buenos Aires: Ediar. LL 2009-B-709- Persona, Autonomía y teoría del derecho <https://dialnet.unirioja.es>

Grosman, Cecilia P., «El derecho de familia en la Argentina en los umbrales del siglo XXI», en obra colectiva, Retratos de familia. en la escuela, Paidós, Buenos Aires, 1998, p. 28.

Grossman Cecilia, Un cuarto de siglo en la comprensión de la responsabilidad parental, Revista de Derecho de Familia, en TR LALEY AR/DOC/5427/2014.

Grossman, Cecilia. (1998). "El Interés Superior del Niño". (1998). En: GROSSMAN, Cecilia. (dir..). (1998). Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad. Buenos Aires, Argentina. Editorial Universidad. Recuperado en <https://www.redalyc.org/pdf/1275/127519340005.pdf>

Herrera, Marisa y DE LA TORRE, Natalia, Biopolítica y salud: El rol del Estado en la prevención del daño en adolescentes. Autonomía y paternalismo justificado, en Daños a la salud. Revista de derecho de daños, 2011-3, Rubinzal-Culzoni.

Infancia y Democracia- Derecho a tener Derecho- Infancia, Derecho y Políticas Sociales en América Latina y el Caribe- Tomo 4 pags. 228) http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/explotacion_sexual/Lectura24.participacion.pdf

Kemelmajer de Carlucci Aída; Herrera Marisa Eleonora y Lamm Fernández Silvia E. "EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL. ALGUNAS REGLAS PARA SU APLICACIÓN." Encuentro celebrado en noviembre de 2006. Tema "Capacidad Progresiva de los niños, niñas y adolescentes. El derecho de niños, niñas y adolescentes al cuidado de su propio cuerpo." Expositora Nelly Minyersky, directores del Debate: Mauricio Mizrahi y Néstor Solari; secretaria María Victoria Famá. <http://www.lexisnexis.com.ar/> VIII. Gillick v West Norfolk & Wisbeck Area Health Authority [1986] AC 112 Cámara de los Lores

Kemelmajer de Carlucci, Aída (2003). *El derecho del niño a su propio cuerpo*. En *Bioética y Derecho* (p. 119). AA.VV. dir.: Bergel-Minyersky, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni. .

La ley 41/2002 dispone la edad de 12 años para el nacimiento del deber de ser informado, y los 16 para prestar consentimiento, sosteniendo que, en caso de grave riesgo, los padres son informados y su opinión es tenida en cuenta.

Lafferriere, Jorge Nicolás, "La persona por nacer", en Limodio, Gabriel (editor), Derecho y Persona Humana en el Código Civil y Comercial, Editorial El Derecho, Buenos Aires, 2016, págs. 229-

Ley 23.849, artículo 75 de la Constitución Nacional, Sancionada el 27 de septiembre de 1990. Promulgada el 16 de octubre de 1990.

Magistris, Gabriela: Procesos de institucionalización de derechos en las políticas de infancia en la provincia de Buenos Aires, VI Jornada de Jóvenes Investigadores Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales (UBA), Buenos Aires, 2011.

Maier, Julio. (2001). Justicia y derechos del niño, nro. Los niños como titulares de derecho del debido proceso. Recuperado en <http://biblioteca.camdp.org.ar/>

Medina Graciela «Familia y Coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica», 09/04/2020. Disponible en https://adfas.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Diario-La-Ley-9-4-20_Graciela-Medina.pdf (acceso el 17/07/22).

Medina Graciela, La Responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación, disponible en: https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina_La_responsabilidad_parental_enelCCYC.pdf (acceso 01/03/22).

Medina Graciela, La Responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación, publicado en: DFyP 15/11/2014 y disponible en https://www.scba.gov.ar/leyorganica/ccyc30/pdfley/Medina_La_responsabilidad_parental_enelCCYC.pdf (acceso 13/03/22).

Mizrahi Mauricio Luis, Matrimonio y Divorcio, año 1998, p. 138.

Mizrahi Mauricio Luis, Responsabilidad Parental, editorial Astrea, CABA, año 2015, p. 238.

Notrica Federico y Rodriguez Iturburu Mariana, Responsabilidad parental Algunos aspectos trascendentales a la luz del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial de la Nación Saldando viejas deudas. Pág. 133, en DERECHO DE LAS FAMILIAS, Editorial Infojus, Buenos Aires, 2014.

Notrica y Rodriguez De Iturburu, ob. citada, p. 135. Mizrahi Mauricio Luis, Responsabilidad Parental, p.240.
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/110000-114999/110778/norma.htm>

Observación Gral. 7. Comité de los Derechos del Niño. Parr. 17. Puede verse: <http://doncel.org.ar/2016/11/06/comenzo-servicios-para-la-autonomia-el-programa-auspiciado-por-argentina-trabaja/>

Ochaíta, Esperanza y Espinosa, M^a Ángeles, " El Menor como Sujeto de Derechos" op.cit. pág 163 9) Cfr. Dr. Oscar Contreras Saronic, op.cit. supra Cárdenas, Eduardo José. "La Mediación en Conflictos Familiares". Lumen/Hvmanitas. 1998.

Olmo, Juan Pablo, comentario al art. 26, en Código Civil Código Civil y Comercial de la Nación. Rivera, Julio César, Medina, Graciela (directores), Esper, M. (coordinador), Buenos Aires, La Ley, 2014, p. 79;

Salomone, Gabriela Z.: Del Niño Como Sujeto Autónomo Al Sujeto De La Responsabilidad En El Campo De La Infancia Y La Adolescencia, en Práctica de Investigación: La Psicología en el ámbito jurídico. Reflexiones ético-clínicas a través de un estudio cualitativo de casos. Facultad de Psicología, Universidad de Buenos Aires, 2016.

Solari Néstor E, Derecho de las Familias, editorial Thomson Reuters-La Ley, CABA, año 2015, p. 502.

Solari, Néstor E.; (2016) " El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial" ; LA LEY 2005-F, 1127 - DJ 2005-3, 1051 2) Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25 de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor, de acuerdo a la pauta de la propia Convención contenida en su artículo 49 el 2 de septiembre de 1.990.

TOBÍAS, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, Alterini, Jorge Horacio (director), Buenos Aires, La Ley, 2015, Tomo I, p. 173-204

Tobías, José W., en Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético, cit., p. 207; FERNÁNDEZ, Silvia, Código Civil y Comercial de la Nación comentado, dirigido por Herrera, Marisa, Caramelo, Gustavo y Picasso, Sebastián, 1^a ed., Buenos Aires, 2015, Edit. Infojus, t. 1, p. 67.

Torres, A. (2001). El planteamiento de problemas en la investigación social. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional – Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación

Superior ICSES citado Stupenengo (2019) en Desafíos jurídicos en Argentina para los adolescentes en las relaciones de consumo. Recuperado en <https://catalogo.uces.edu.ar/>

TS C.A.B.A, 2003, voto jueza Conde, consid. III.

TSJ, CABA, 14/10/2003, «Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires», LL, 2004-B-413.

Véscovi, Enrique (Derecho Procesal Civil. Tomo 1 pag. 78) La participación de los niños/as y adolescentes en los procesos. Recuperado en <http://www.iin.oea.org>

Viola Sabrina, "Autonomía Progresiva de Niños, Niñas y Adolescentes en el Código Civil: una deuda pendiente. file:///C:/Users/familia/Downloads/Vega_Micaela-2018.pdf

Wallace. Curti, Lotrica, De la Torre, Wolkokics; Lloverás; Loyarte, Vega, Herrera, Peracca, Molina de Juan, Zabalza, Schiro, Duprat) disponible en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf>

Yuni, J. y Urbano (2006). Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación. Brujas.

Zorilla Sanchez, M. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. 317-358.